

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

ACELINO RODRIGUES CARVALHO

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA PARA A
PROTEÇÃO DOS DIREITO SOCIAIS: DAS TUTELAS COLETIVAS AOS
COLETIVOS DE TUTELA**

SÃO LEOPOLDO-RS

2013

ACELINO RODRIGUES CARVALHO

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA PARA A
PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DAS TUTELAS COLETIVAS AOS
COLETIVOS DE TUTELA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Co-orientador: Prof. Dr. António José Avelãs Nunes

SÃO LEOPOLDO-RS

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Central da UFGD, Dourados, MS, Brasil

C331L Carvalho, Acelino Rodrigues.
A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais : das tutelas coletivas aos coletivos de tutela / Acelino Rodrigues Carvalho – São Leopoldo-RS : UNISINOS, 2013.
384 f.

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

Tese (Doutor em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

1. Direito constitucional. 2. Legitimidade da jurisdição. 3. Direitos sociais. I. Saldanha, Jânia Maria Lopes. II. Título.

CDD: 342.02

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: das tutelas coletivas aos coletivos de tutela”, elaborada pelo doutorando **Acelino Rodrigues Carvalho**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de julho de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

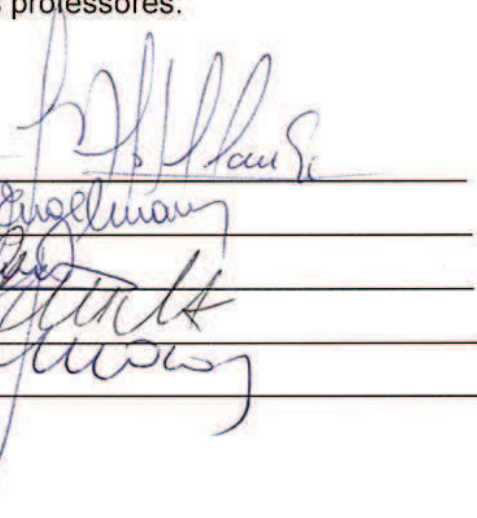
Orientadora: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Presidente: Dr. Wilson Engelmann

Membro: Dr. Zulmar Antônio Fachin

Membro: Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes



*À Celmiry, Andressa, Raissa, Gregório e
Cristian.*

*À minha irmã Dora, com quem aprendi na
prática que vale a pena sonhar junto.*

Agradeço a Deus, fonte de todo conhecimento.

Aos admiráveis Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, destacadamente aos Professores José Luis Bolzan de Moraes, Jânia Maria Lopes Saldanha, Lenio Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann e Têmis Limberger, não apenas pela riqueza dos conhecimentos transmitidos, mas pelo privilégio do convívio e da amizade.

Agradeço, de forma especial, à minha orientadora, estimada Professora Jânia, ser humano raro, pela orientação profícua, e pela oportunidade de partilhar sonhos e crenças em um mundo melhor. À Vera, por fazer da dedicação à Secretaria do PPGD e da atenção a todos um estilo de vida. Ao estimado Professor Catedrático Doutor Avelãs Nunes, pela co-orientação e pela acolhida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A todos os colegas de turma, destacadamente a Suzana, a Ana Paula e, de forma especial, ao Gustavo, pela solidariedade. Por fim, ao Prof. Dr. Zulmar Fachin, presidente do IDCC e professor da UEL, e ao Prof. Dr. Helder Baruffi, colega de docência e ex-diretor da Faculdade de Direito da UFGD, que nunca me faltaram com seu apoio e amizade.

*Sabe lá o que é não ter e ter que ter pra
dar. Sabe lá. Sabe lá.*

Djavan

*A presente pesquisa foi financiada pela
Fundação de Apoio ao Desenvolvimento
Científico e Tecnológico de Mato Grosso do Sul –
FUNDECT, com estágio doutoral no exterior
financiado pela CAPES.*

RESUMO

A pesquisa que originou a presente tese teve por objetivo investigar acerca da possibilidade de, no marco do constitucionalismo contemporâneo, e nos limites institucionais do Estado democrático de direito, condicionar a atuação da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias. O marco teórico adotado foi o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli. Ficou demonstrado no curso da investigação, que no âmbito desse paradigma vigora uma concepção tridimensional de democracia que, todavia, se acha vinculada à regra clássica da separação de poderes, além de atuar como condição de possibilidade para um maior protagonismo comunitário com vistas à efetivação dos direitos sociais. Concluiu-se que o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, por meio da atuação de grupos e comunidades de destinatários dos serviços públicos, é elemento conformador da legitimidade democrática da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, porquanto ao mesmo tempo em que preserva a integridade do princípio clássico da separação de poderes, assegura o espaço reservado à democracia política na sua dupla dimensão: representativa e participativa. Ademais, isso implica uma radicalização da democracia cuja consequência é o estabelecimento de uma nova gramática para o modelo de processo das ações coletivas, operando uma inversão na qual a ênfase deve passar das tutelas coletivas aos coletivos de tutela, o que aumenta as potencialidades de efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo. Direitos sociais. Legitimidade democrática. Jurisdição. Participação. Efetivação.

ABSTRACT

The research that led to this thesis aimed to investigate about the possibility of, in the context of contemporary constitutionalism and the institutional limits of the democratic State, conditioning the performance of jurisdiction for the protection of social rights to the prior exhaustion of ordinary democratic institutions. The theoretical framework adopted was the guarantor constitutionalism of Luigi Ferrajoli. What was shown in the course of the investigation was that within this paradigm is enforced a three dimensional view, however, it is found bound to the traditional rule of separation of powers, in addition to acting as a condition of possibility for a greater community role with a view to effecting the social rights. It was concluded that the prior exhaustion of ordinary democratic institutions, through the work of groups and communities of recipients of public services, is the conforming element to democratic legitimacy of jurisdiction for the protection of social rights, because at the same time it preserves the integrity the classical principle of separation of powers, it ensures the space for political democracy in its double dimension: representative and participatory. Moreover, this implies a radicalization in democracy whose consequence is the establishment of a new grammar for the process model of collective actions, operating a reversal in which the emphasis should move from collective tutelage to the collective protection, which increases the potential for fulfillment of social rights.

Keywords: Contemporary constitutionalism. Social rights. Democratic legitimacy. Jurisdiction. Participation. Enforcement.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
PARTE 1 - UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA	
2. DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO E O REDIMENSIONAMENTO DA SUA ESTRUTURA JURÍDICO- INSTITUCIONAL.....	17
2.1. Apontamentos iniciais: em busca da efetividade dos direitos sociais	17
2.2. Sobre a concepção moderna de constitucionalismo e de constituição: a limitação do poder como central do constitucionalismo	19
2.3. Constitucionalismo liberal, direitos humanos e separação de poderes: limitação de poder no pensamento de John Locke	23
2.4. Do direito não estatal pré-moderno ao direito estatal moderno: o legado positivista da onipotência do legislador	35
2.5. Para justificar o absolutismo: a doutrina da soberania de Jean Bodin	40
2.6. O dogma da onipotência do legislador em Hobbes e em Rousseau e a conexão entre constitucionalismo e positivismo jurídico	45
2.7. Constitucionalismo contemporâneo: a constitucionalização do Estado e o redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional	58
3. A AMBIVALÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A AMEAÇA NEOCONSTITUCIONALISTA À FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	69
3.1. Sobre o caráter ambivalente do constitucionalismo moderno	69
3.2. Constitucionalismo inglês: a cultura historicista e a desconfiança no poder constituente.....	72
3.3. Constitucionalismo americano: contra a onipotência do legislador, a separação de poderes, a força normativa da constituição e o controle de constitucionalidade	83
3.4. Emmanuel Sieyès e o constitucionalismo francês: um constitucionalismo sem constituição	100
3.5. Síntese crítica: a ameaça neoconstitucionalista à força normativa da constituição e aos direitos fundamentais	112
3.6. Uma opção teórica: o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli	129
4. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA: A DEMOCRATIZAÇÃO DA DEMOCRACIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	140
4.1. O dilema do constitucionalismo contemporâneo: a constitucionalização dos direitos sociais e a tensão entre exclusão econômica <i>versus</i> inclusão social	140
4.2. A teoria garantista da democracia constitucional	161

4.3. Constituição, participação e jurisdição: o papel da solidariedade como mecanismo de enfrentamento do dilema exclusão econômica <i>versus</i> inclusão social	170
4.4. A gramática da concepção contemporânea de direitos humanos: sobre a discussão em torno das gerações e a necessidade de uma compreensão multidimensional dos direitos fundamentais	177
4.5. Os direitos sociais como direitos individuais de dimensão coletiva	192
4.6. A democracia como solução para a antinomia entre liberdades negativas <i>versus</i> liberdades positivas e a questão da solidariedade e da universalidade dos direitos sociais	204
 PARTE 2 – DIREITOS SOCIAIS E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO: SUA REPERCUSSÃO NO MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO DAS AÇÕES COLETIVAS 	
5. A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	219
5.1. Um esclarecimento inicial: entre jurisdição constitucional e ordinária, jurisdição constitucionalizada	219
5.2. Sobre a legitimidade da jurisdição para o controle de constitucionalidade	225
5.2.1. Colocação do problema	225
5.2.2. A revisão judicial como reforço à representação política: John Ely	231
5.2.3. O paradigma procedimental discursivo	236
5.2.4. Dworkin e a leitura moral da constituição	240
5.2.5. O papel da jurisdição no constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli	245
5.3. Judicialização da política e ativismo judicial, separação de poderes e democracia	250
5.4. Expansão da jurisdição e separação de poderes: de Montesquieu aos federalistas	260
5.5. Aplicação direta da constituição e necessidade de <i>interpositio legislatori</i> no pensamento de Luigi Ferrajoli	273
5.6. Separação de poderes e a ferrajoliana esfera constitucional do (in)decidível: o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias como elemento conformador da legitimidade da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ..	292
 6. DIREITOS SOCIAIS, PROCESSO E PARTICIPAÇÃO: DAS TUTELAS COLETIVAS AOS COLETIVOS DE TUTELA	311
6.1. Direitos sociais, processo e radicalização democrática: por uma nova gramática no modelo de processo das ações coletivas	311
6.2. Direitos sociais, processo e participação cidadã: entre os “tigres de Bengala” e a democracia	326
6.3. O esgotamento das instâncias democráticas ordinárias como pressuposto processual específico do modelo de processo das ações em defesa de direitos sociais	330
6.4. Apontamentos finais: por um direito processual dos direitos humanos	341
 7. CONCLUSÃO	348
 REFERÊNCIAS	354

1. INTRODUÇÃO

Presente nos debates que marcaram o movimento revolucionário francês, a problemática dos direitos sociais atravessou quase dois séculos de lutas e duas grandes guerras até a sua consagração constitucional na segunda metade do século XX. Vencida essa etapa, novas batalhas se iniciaram: primeiramente, a polêmica em torno da eficácia das normas constitucionais que os contemplam; antes mesmo de superada esta, a polêmica em torno da legitimidade democrática da jurisdição para torná-los efetivos. Se de um lado estão os que defendem a impossibilidade de intervenção jurisdicional ao argumento de ofensa à separação de poderes e ao princípio democrático, do outro estão aqueles que, em nome de um certo ativismo judicial, propugnam pela superação daquele aforismo político, desconsiderando até mesmo seu vínculo com a própria noção de democracia constitucional.

Em meio a toda essa discussão, encontram-se dois grupos de pessoas. O primeiro é o daquelas que não necessitam da intervenção do Estado para ter garantidos direitos elementares como saúde, educação, lazer, alimentação, moradia etc., porque não lhes faltam os recursos financeiros necessários para tal; o segundo é o daquelas que ficam na dependência do Estado e de seus agentes não apenas em relação aos recursos, mas também no que diz respeito aos mecanismos dos quais poderiam lançar mão para ter suas demandas atendidas ainda que de forma coercitiva por meio da função jurisdicional. Por certo, entre os integrantes desse grupo muitos sequer têm conhecimento acerca da existência de algum mecanismo de tutela jurisdicional daqueles direitos.

Adotando como ponto de partida a preocupação com a efetividade dos direitos sociais consagrados na Constituição, assim como em documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o objeto do presente estudo consiste em revelar, no quadro institucional vigente, não apenas a possibilidade, mas também a necessidade de maior protagonismo dos grupos e comunidades locais na defesa dos direitos sociais, tanto no espaço reservado à política quanto na esfera reservada à jurisdição, a quem cabe em última instância garantir o caráter contramajoritário de todos os direitos fundamentais. Sendo assim, o estudo proposto limitou-se à investigação acerca da legitimidade democrática da jurisdição para a proteção dos direitos sociais e sua repercussão no que se refere à estrutura do modelo brasileiro de processo das ações coletivas.

Partindo desse pressuposto, a pergunta formulada consiste em saber se, no marco do constitucionalismo contemporâneo e nos limites institucionais do Estado democrático de direito que com ele emergiu, é possível condicionar a intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das demais instâncias do poder estatal e, em caso de resposta positiva, qual a repercussão desse fato no tocante ao modelo de processo das ações coletivas. A hipótese aventada para orientar a investigação sugere que, nesse contexto, acha-se contemplada, tanto do ponto de vista teórico quanto institucional, uma concepção complexa de democracia que comporta pelo menos três dimensões, que guardam entre si uma relação de complementaridade e estão irremediavelmente vinculadas ao princípio da separação de poderes, além de atuarem como condição de possibilidade para o maior protagonismo de movimentos comunitários e a consecução dos seus objetivos.

Em virtude disso, o prévio esgotamento daquilo que se denominou *instâncias democráticas ordinárias*, por meio da atuação de grupos e comunidades de destinatários dos serviços públicos, deve funcionar como requisito necessário a justificar a intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, de modo a preservar a integridade da separação de poderes e do princípio democrático nas suas diferentes dimensões. Além disso, implica uma radicalização da democracia e terá como consequência o estabelecimento de uma nova gramática para o modelo de processo das ações coletivas, operando uma inversão por meio da qual a ênfase deve passar das *tutelas coletivas* aos *coletivos de tutela*, com o consequente aumento das potencialidades no tocante à efetivação dos direitos sociais.

Com efeito, o estudo proposto teve como objetivo geral investigar acerca da possibilidade de, no marco do constitucionalismo contemporâneo e nos limites institucionais do Estado democrático de direito, condicionar a atuação da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das demais instâncias de poder, a fim de demonstrar que a regra clássica da separação de poderes e o princípio democrático, ao mesmo tempo em que não permitem que uma função do Estado possa imiscuir-se na esfera de competência da outra, são absolutamente compatíveis com a intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, desde que observados determinados pressupostos.

Ademais, objetivou-se demonstrar que esta fórmula levará a uma radicalização da democracia, a qual, no entanto, só produzirá eficácia em termos de proteção dos direitos sociais, mediante a abertura de ampla possibilidade de participação das comunidades locais e grupos organizados com a finalidade de lutar pela implementação de políticas públicas destinadas a reduzir desigualdades socioeconômicas, garantindo-se a eles maior protagonismo

na busca desse desiderato. O marco teórico que serviu de sustentáculo à comprovação da hipótese apresentada foi o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli.

O método de abordagem que orientou o desenvolvimento da pesquisa foi o fenomenológico-hermenêutico, cujos elementos permitem um olhar para a tradição, orientado para o desentranhamento das possibilidades que nela permanecem enrijecidas. Dito de outro modo, o método fenomenológico-hermenêutico permite desobstruir os enrijecimentos que a linguagem produz a fim de que o fenômeno se manifeste. O estudo proposto tem um caráter transdisciplinar e está inserido no âmbito do direito público, especificamente na seara do direito processual coletivo em sua relação com a filosofia política, com a teoria do estado e da constituição, com a teoria dos direitos fundamentais, conectada ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. No que se refere especificamente ao direito processual, adotou-se como pressuposto a premissa segundo a qual os instrumentos processuais de tutela devem sempre ser pensados a partir da necessidade de proteção do direito material, cujo gozo a jurisdição deve garantir por meio do processo.

Foram adotados como métodos de procedimento o histórico e o monográfico: o primeiro, especialmente no que se refere à necessidade de resgate acerca dos acontecimentos que marcaram a passagem do constitucionalismo moderno ao constitucionalismo contemporâneo, dando origem ao Estado constitucional e democrático de direito e a uma nova concepção de democracia e de direitos humanos; por meio do segundo, visou-se a construção da tese no sentido de afirmar uma concepção de democracia capaz de condicionar a atuação da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, conduzindo a uma nova gramática no modelo de processo das ações coletivas, no qual se passa a enfatizar primordialmente a ideia de coletivos de tutela.

Para a consecução do objetivo indicado acima, o trabalho foi estruturado em duas partes. A primeira lança um olhar sobre a relação entre constitucionalismo, direitos humanos e democracia, e compreende os capítulos segundo, terceiro e quarto. No segundo capítulo, promoveu-se um resgate histórico-filosófico a fim de explicar o processo que conduziu ao dogma positivista da onipotência do legislador, fazendo com que somente no segundo pós-guerra ocorresse o fenômeno da constitucionalização do Estado e o redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional, criando, assim, as condições necessárias à efetivação dos direitos fundamentais por meio das técnicas de garantias correspondentes.

No terceiro capítulo, desenvolveu-se uma análise comparativa dos grandes modelos de constituição surgidos com o constitucionalismo moderno, a fim de demonstrar que a compreensão inadequada desse processo conduziu a uma equivocada compreensão do

constitucionalismo contemporâneo, o que originou aquilo que vem sendo referido como neoconstitucionalismo que, ao invés de orientado à sua proteção, constitui uma ameaça aos direitos fundamentais e à democracia. Já no quarto capítulo, demonstrou-se o dilema no qual se acha envolto o constitucionalismo contemporâneo, fruto da tentativa de compatibilizar na fórmula política surgida no segundo pós-guerra exclusão econômica *versus* inclusão social, apontando-se para uma concepção de democracia capaz de fazer frente a tal dilema, a qual exige uma compreensão multidimensional dos direitos fundamentais.

Na segunda parte, revela-se a tese da tese, situando a questão da efetividade dos direitos sociais no âmbito da discussão a respeito da legitimidade democrática da jurisdição e sua relação com o modelo de processo das ações coletivas. Esta segunda parte compreende dois capítulos sequenciais. No quinto capítulo, demonstrou-se a inadequação da distinção contemporânea entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária; analisou-se, dialeticamente, o estado da arte da questão da legitimidade da jurisdição para realizar o controle de constitucionalidade a partir de quatro grandes teorias; foram demonstrados os equívocos dos argumentos que tentam opor judicialização da política e democracia ao princípio da separação de poderes, assim como da tese neoconstitucionalista que, em nome do ativismo judicial, sustenta que no constitucionalismo contemporâneo ocorreu uma transferência do debate e decisão sobre grandes questões da esfera do legislativo e do executivo para o judiciário.

Ainda no quinto capítulo, após analisar a postura teórica de Ferrajoli a respeito da separação de poderes e sua relação com a necessidade de *interpositio legislatorum* no constitucionalismo contemporâneo, enfrentou-se, finalmente, a questão da legitimidade da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, revelando-se, assim, a tese da presente tese. Por fim, no sexto e último capítulo, tratou-se de demonstrar as consequências de toda essa compreensão para o modelo de processo das ações coletivas, o qual, uma vez adotada uma nova gramática, constituir-se-á num poderoso instrumento de participação popular que potencializa a efetivação dos direitos sociais; foram indicadas as transformações exigidas em termos de teoria do processo, além de propugnar-se por um direito processual dos direitos humanos.

Acompanhou o desenvolvimento da presente investigação, a convicção de que uma verdadeira preocupação com a efetividade dos direitos sociais deve ter como fio condutor uma ideia fixa presente em Ferrajoli: democracia enquanto fonte de legitimação do poder político e constitucionalismo enquanto doutrina da limitação do poder, não são antéticos, mas se complementam mutuamente. O presente estudo está vinculado à linha de pesquisa:

Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, e pela importância e atualidade do tema pretende-se que seja capaz de trazer uma significativa contribuição para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. De resto, para além das atividades de ensino em níveis de graduação e pós-graduação, o resultado da pesquisa servirá para orientar o doutorando-docente na sua atuação acadêmica junto à comunidade, por meio do desenvolvimento de atividades de pesquisa e extensão.

**PARTE 1 - UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO,
DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA**

2. DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: DO LEGADO POSITIVISTA DA ONIPOTÊNCIA DO LEGISLADOR À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO E O REDIMENSIONAMENTO DA SUA ESTRUTURA JURIDICO-INSTITUCIONAL

2.1. Apontamentos iniciais: em busca da efetividade dos direitos sociais

Ao publicar um conjunto de artigos e conferências sobre os acontecimentos que culminaram com as revoluções burguesas do final do século XVIII, especialmente a Revolução francesa, e que conduziram ao surgimento do que passou a ser referido como Estado de direito, Norberto Bobbio atribuiu à obra o título *A era dos direitos*.¹ Qualificando o Estado contemporâneo como Estado pós-moderno, Jacques Chevallier aponta para o surgimento de uma “sociedade de direito”.² No que se refere ao constitucionalismo do segundo pós-guerra, há quem o designe como “constitucionalismo dos direitos”.³ No contexto americano, Ronald Dworkin,⁴ no âmbito europeu, Luigi Ferrajoli,⁵ no Brasil, Lenio Streck,⁶ estão afinados em torno da ideia segundo a qual é preciso levar os direitos a sério.⁷

Sendo assim, seria de se perguntar por que postular atualmente a necessidade de “levar os direitos a sério” se já docorreram mais de dois séculos depois que teve início a denominada

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125-126.

³ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONNEL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 213; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvages: la crisis de la democracia constitucional*. Madri: Trotta, 2011.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ Em alguns dos seus escritos, Luigi Ferrajoli invoca a necessidade de “levamos o direito a sério”, ao criticar a falta de uma esfera pública internacional apta a assegurar a garantia dos direitos humanos. (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens jurídicos fundamentais*. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 122; *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 31) Em outro escrito, mais recente, o jurista italiano fala da necessidade de “levar a sério” a normatividade da constituição: “o reconhecimento de uma normatividade forte das constituições rígidas, em razão da qual estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através da interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante a legislação ordinária - o dever a ele correspondente”. (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56) Também, manifestando preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.

era dos direitos. A resposta, por certo, seria óbvia e já foi dada pelo próprio Norberto Bobbio, porquanto o jusfilósofo italiano já denunciava, na mesma obra acima referida, que a “maior parte desses direitos, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais”, não tem sequer saído do papel, afirmando alhures que o problema dos direitos humanos já não diz respeito à sua fundamentação, e sim à sua efetivação.⁸

Nessa mesma toada, afirma Sousa Santos, que a nova fase do constitucionalismo vigente na América Latina, que teve início com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, prosseguiu com a Constituição colombiana de 1991, e que agora atinge um novo patamar com as Cartas venezuelana, boliviana e equatoriana, outorga força constitucional a um novo catálogo de direitos sociais. Todavia, diz o autor, seja por hipocrisia, seja por falta de vontade política, os governos ainda não os tornaram efetivos.⁹ Daí adotar-se como premissa a pertinente afirmação de Bolzan de Moraes, Saldanha e Espíndola, segundo a qual “compreender as circunstâncias nas quais se colocam os direitos humanos na contemporaneidade implica reconhecer o tensionamento entre o seu reconhecimento jurídico e valorização teórica e a sua implementação prática”.¹⁰

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 9, 25. “O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 9, 25)

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática de justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 16. “A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 10)

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 116. Referindo-se à necessidade de efetivação dos direitos, inclusive a partir de uma esfera pública internacional adequada, afirma Luigi Ferrajoli que: “Os homens estão, no plano jurídico, incomparavelmente mais iguais do que em qualquer outra época graças às inúmeras cartas, constituições e declarações de direitos. Mas são também, de fato, incomparavelmente mais desiguais na realidade. A “era dos direitos”, diz ele, para usar as palavras de Norberto Bobbio, é também a era da sua maciça violação e da mais profunda desigualdade. E isso não é somente um fator de descrédito de todas as proclamações constitucionais dos direitos fundamentais, cujo sinal distintivo é a sua universalidade e indivisibilidade. Ao ponto em que não poderemos continuar a falar decentemente de direito humanos e de dignidade da pessoa se continuar a permanecer sua evidente distância da realidade. É também, se essa diferença não for reduzida, uma ameaça à paz, já que esta lacuna do direito público, em uma sociedade global cada vez mais frágil e interdependente, não é por muito tempo sustentável sem que se dirija a um futuro de guerras e de violência capaz de derrubar as nossas próprias democracias. Resulta que a construção de uma esfera pública mundial não é somente implicada e normativamente imposta, se levamos o direito a sério, pela Carta da ONU e pelas tantas declarações e convenções sobre direitos humanos, mas representa também a única alternativa racional a um futuro de guerras, de violência e de fundamentalismos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos*

2.2. Sobre a concepção moderna de constitucionalismo e de constituição: a limitação do poder como tema central do constitucionalismo

O enunciado que serve como título ao presente capítulo, ou seja, a expressão “do constitucionalismo moderno ao constitucionalismo contemporâneo: do legado positivista da onipotência do legislador à constitucionalização do Estado e o redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional” sugere que, no itinerário que vai do constitucionalismo moderno ao constitucionalismo contemporâneo, a ideia de Estado constitucional está referida a este último. De fato, de acordo com Gomes Canotilho, independentemente do conceito e da justificação que lhe sejam atribuídos, o Estado só pode ser concebido contemporaneamente como um Estado constitucional.¹¹ Nessa mesma linha, afirma Zagrebelski que a fórmula: Estado constitucional é mais rica em conteúdo do que se possa imaginar à primeira vista e trata-se da fórmula política típica do nosso tempo.¹²

Isso poderia conduzir ao entendimento segundo o qual a noção de Estado constitucional não estaria compreendida no contexto doutrinário do constitucionalismo moderno. Não é essa, todavia, a conclusão a que se pode chegar a partir das noções modernas de constituição e de constitucionalismo. Veja-se a ressalva feita pelo mestre lusitano, para quem é significativo que tal expressão “tenha merecido acolhimento decisivo apenas na juspublicística mais recente”.¹³ No mesmo sentido é a advertência feita pelo jurista italiano: a ideia de direito representada pela noção de Estado constitucional ainda não faz parte da atmosfera dos juristas.¹⁴ Em ambos os autores está implícito que a ideia de Estado constitucional não é algo recente.

Com efeito, constituição é um termo polissêmico¹⁵ admitindo, assim, uma diversidade de significados. Alguns deles, no entanto, encontram-se diretamente vinculados à ideia de constitucionalismo moderno. Em linguagem jurídico-política, dito termo chegou a ser utilizado num sentido marcadamente empírico para designar a situação de determinado país: a forma de sua configuração a partir das características de certos elementos como o território, os

bens jurídicos fundamentais. Tradução Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 121-122)

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 92-93.

¹² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 9-10, 21.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2010, p. 92-93.

¹⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 9-10, 21.

¹⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 88.

habitantes, a evolução histórica, assim como as relações de poder, as suas normas jurídicas e as instituições políticas existentes. No entanto, a busca de limites ao poder político em defesa da liberdade dos súditos, introduzida desde meados do século XVIII na doutrina do direito natural, acabou estreitando o conceito de constituição por meio da eliminação gradual dos elementos não normativos.¹⁶

Nesse sentido, anota Dieter Grimm, que as revoluções burguesas do final do século XVIII acabaram por conferir à constituição um sentido normativo, após derrubarem o poder monárquico, tradicional e autolegitimado, atribuindo-se a tarefa de erigir uma nova e legítima forma de poder: abolida a soberania hereditária e erigida uma nova soberania sob as bases de uma planificação racional e da determinação escrita do direito, a constituição passou a ser identificada como um conjunto de normas que regula a organização e o exercício do poder estatal e as relações entre o Estado e a sociedade, tornando-se, assim, o direito produzido pelo soberano, o qual vincula os órgãos estatais e desfruta de uma posição hierarquicamente superior, estando consubstanciado num documento e apresentando dificuldades para sua modificação.¹⁷

Por outro lado, conforme Susanna Pazzolo, a constituição pode ser entendida também num sentido procedimental e noutra substancial; no primeiro caso, a constituição apresenta um conjunto de regras que disciplinam a organização do poder, estabelecendo competências e procedimentos; no segundo, estabelece regras pragmáticas definidoras de “princípios e valores aos quais se deve conformar a legislação infraconstitucional, o que caracteriza a sua rigidez e a condição de constituição garantida”.¹⁸ As três últimas concepções de constituição referidas estão contempladas no contexto teórico do constitucionalismo moderno.

Com efeito, de acordo com Fioravanti, o constitucionalismo pode ser concebido como *un conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía*.¹⁹ Constitucionalismo, diz Gomes Canotilho, “é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.²⁰ Neste sentido, o

¹⁶ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 27.

¹⁷ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 27-28.

¹⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 88.

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 85.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51.

constitucionalismo moderno representará uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.²¹

Explica o mestre coimbricense, que o conceito de constitucionalismo veicula um juízo de valor, sendo, no fundo, uma teoria normativa da política: “o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*”.²² Por constituição moderna entende-se a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos, e se fixam os limites do poder político”.²³ Segundo o autor, desdobrando-se o conceito de constituição assim formulado, é possível captar as dimensões fundamentais que no mesmo se contém: a) uma ordenação político-jurídica plasmada num documento escrito; b) a declaração, nesse mesmo documento, de um conjunto de direitos fundamentais acompanhados das respectivas garantias; c) e a organização do poder político de modo a torná-lo um poder limitado e moderado.²⁴ Para Gomes Canotilho, portanto, a constituição, em sentido moderno, pretendeu

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: história del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998; Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Caetano Lo Mônaco, Joao Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995; FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 52-53, 83; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28. DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 121.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 52.

²³ Na concepção lockeana, poder político “é o direito de legislar coercitivamente, de ditar leis sancionadas com a pena de morte e, conseqüentemente, com todas as penas menores, com vistas à regulamentação e à preservação da propriedade”. Ainda: poder político “é aquele que cada homem possuía no estado de natureza e que transferiu à sociedade a qual aderiu, depositando-o nas mãos dos governantes por ela empossados, com o encargo, expresso ou tácito, de o exercerem para o bem de todos os seus membros e para a preservação das suas propriedades”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007, p. 34, 188). A expressão “preservação da propriedade” empregada pelo autor significa a preservação dos direitos trazidos pelos indivíduos quando saíram do estado de natureza e ingressaram na sociedade política, consoante ficará explicitado no tópico seguinte.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 52. Esclarece ainda o autor, que, numa acepção histórico-descritiva, o termo constitucionalismo designa “o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de metade do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamento do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo desde os fins Idade Média até ao século XVIII”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 52). Dito conceito de constituição, que aponta para uma dimensão transformadora do constitucionalismo moderno, está contido naquilo que Miguel considera as ideias força do constitucionalismo moderno, quais sejam: a) a primazia da legislação e a crença em seu potencial transformador da realidade social; b) a exigência liberal de submeter a limites preestabelecidos o poder político, garantindo, ao mesmo tempo, certas liberdades individuais, por meio da atribuição de direitos e deveres; c) a busca de segurança por meio do conhecimento geral proporcionado por um texto escrito, simples e claro.

radicar duas ideias básicas: “fundar, ordenar, e limitar o poder político; reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo: os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”.²⁵

Como se pode observar, no conceito moderno de constituição e de constitucionalismo, além da exigência de um documento escrito, fica evidenciada a preocupação com a limitação do poder político, que resta configurada nos dois outros elementos que consubstanciam os referidos conceitos: a separação de poderes e a garantia dos direitos fundamentais. Foram esses dois elementos que constaram do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789,²⁶ emergida com a Revolução francesa, que, para alguns autores, constitui a base do constitucionalismo moderno exatamente por ter tornado universal a exigência daqueles mesmos elementos para que reste configurada a existência de uma constituição.²⁷ Daí a afirmação de Canotilho, segundo a qual o conceito de constituição em sentido moderno “converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental” a ponto de ter-se referido a ele como o “conceito ocidental de constituição”.²⁸

Do que foi dito até aqui, pode inferir-se que a ideia de Estado constitucional é inerente ao constitucionalismo moderno, enquanto técnica de limitação do poder político, e se confunde com aquilo que costumeiramente é referido como Estado de direito. É essa, precisamente, a lição de Jorge Miranda, para quem as correntes filosóficas do jusnaturalismo contratualista, do individualismo e do iluminismo, que tiveram como expoentes Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant, somadas a importantes movimentos de natureza econômica, social e política conduziram ao surgimento do Estado constitucional, representativo ou de direito, cujo ponto culminante foi a Revolução francesa.²⁹

Segundo o referido autor, pode entender-se por Estado constitucional um Estado assentado numa constituição escrita, fundadora e regulamentadora de sua organização, da

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 275-276).

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 54-55.

²⁶ Art. 16 Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem a separação dos poderes não tem constituição.

²⁷ DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 9-15; BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30; VOVELLE, Michel. *A revolução francesa explicada à minha neta*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p. 42-43. Retornar-se-á ao tema no capítulo seguinte, ocasião em que se demonstrará o caráter ambivalente do constitucionalismo moderno.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 52.

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32.

relação com seus cidadãos e “tendente à limitação do poder”. Trata-se de um Estado de direito que, para a garantia dos direitos consagrados, estabelece a divisão de poderes e o respeito à legalidade.³⁰ Seus instrumentos técnicos principais são: a constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes e a representação política.³¹

De igual modo, Gomes Canotilho, para quem a expressão: “Estado constitucional” só mereceu acolhida recentemente no âmbito do direito público, consoante mencionado acima, acaba por afirmar que, não obstante isso, tal expressão pode ser utilizada para designar o modelo de organização política exurgido com o advento do constitucionalismo moderno: o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis e sem confusão de poderes, que são as qualidades que atribuem a tal organização o caráter de um Estado constitucional.³²

2.3. Constitucionalismo liberal, direitos humanos e separação de poderes: limitação de poder no pensamento de John Locke

Assentado que a ideia de Estado constitucional é inerente ao constitucionalismo moderno e que dita ideia, na verdade, não passa daquilo que ficou conhecido como Estado de direito, podendo mesmo falar-se em Estado constitucional de direito, convém, a esta altura, por de relevo dois aspectos importantes para os objetivos perseguidos no presente estudo e, sobretudo, para o presente capítulo, os quais estão irremediavelmente implicados. O primeiro refere-se ao fato do constitucionalismo moderno, com seu modelo de Estado limitado, ter

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 35.

³¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32-33. Conforme o autor, a estrutura do Estado constitucional é similar à do modelo despótico do Estado absolutista: “as constituições escritas reforçam a institucionalização jurídica do poder político; b) a soberania nacional, una e indivisível, constitui a sua unidade; c) o povo entendido como um conjunto de cidadãos iguais em direitos e obrigações. Verificam-se, todavia, divergências tanto no que se refere aos pressupostos filosóficos, quanto ao direito positivo: a noção de contrato social substitui a tradição; a soberania do príncipe cede lugar à soberania nacional; a lei é a expressão da vontade geral; em vez de uma só pessoa ou seus delegados, o poder passar a ser exercido por muitos, eleitos pela coletividade; a razão de Estado é substituída pelo Estado como executor de normas jurídicas; no lugar de súditos têm-se, agora, cidadãos, com o reconhecimento a todos os homens, somente em virtude da sua condição humana, de direitos consagrados em leis. [...] Além disso, a representação política aponta para a dissociação entre a titularidade e o exercício do poder político, assentando a primeira no povo ou nação, e o segundo nos governantes eleitos pelo povo, que assim tornam-se representantes de toda a coletividade e não de certos grupos, como ocorria no Estado estamental. Trata-se de uma forma de governo inovadora em contraposição à monarquia, à república aristocrática e mesmo à democracia direta, onde não havia a distinção entre a titularidade e o exercício do poder soberano. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32-33, 35)

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 93. Também, referindo-se ao Estado de direito surgido com as Declarações de direitos, surgidas no final do século XVIII como “Estado constitucional” e como “Estado constitucional moderno”, respectivamente, GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 29; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 32.

dado origem à concepção moderna de direitos humanos. Nesse sentido, é sugestiva a afirmação de Fábio Konder Comparato, segundo a qual “a eclosão da consciência histórica dos direitos humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político”.³³

Dita eclosão, diz o referido autor, somente verificou-se a partir do momento em que se reconheceu que as instituições de governo devem estar a serviço dos governados e não a benefício dos próprios governantes. Com efeito, a limitação do poder político, ínsita à noção de Estado de direito, ou de Estado constitucional, constituiu o primeiro e decisivo passo para a “admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder”.³⁴ De fato, de acordo com Bolzan de Moraes, o “Estado de direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.³⁵

Disso decorre um segundo e importante aspecto consistente em saber em que tradição está inserida, ou qual a ideia de direito que conforma a noção de Estado constitucional no âmbito do constitucionalismo moderno. A esse respeito, anota Jorge Miranda, que o constitucionalismo moderno nasceu estreitamente vinculado à ideia de direito liberal. Nesse sentido, para as vertentes doutrinárias do constitucionalismo liberal o Estado somente pode ser concebido como um Estado constitucional na medida em que assegure aos indivíduos a possibilidade de usufruir o direito de liberdade, propriedade, segurança etc.³⁶

É esse o mesmo caminho trilhado por Norberto Bobbio, para quem o Estado liberal tem como fundamento a afirmação dos direitos naturais e invioláveis do indivíduo.³⁷

³³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42. Nesse sentido, afirma o autor, “deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a.C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém. Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a.C. 963 a.C.), estabeleceu pela primeira vez na histórica política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgiu, assim o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43)

³⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67-68.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 166.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 36.

Contrapondo a ideia de limitação de poder ao Estado absolutista, o Estado liberal encontra seu pressuposto filosófico na doutrina dos direitos do homem desenvolvida pela escola do direito natural. De acordo com essa doutrina, diz o jusfilósofo italiano, “todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade”, os quais o Estado é obrigado a respeitar e proteger contra possíveis invasões.³⁸ Nessa medida, acrescenta Bobbio, os limites ao poder são pré-constituídos, antecedendo, assim, ao nascimento do próprio Estado, consoante estabelece a doutrina dos direitos naturais, que constitui o núcleo doutrinário do Estado liberal.³⁹

Como se vê, ressalta a centralidade conferida aos direitos humanos, ou direitos fundamentais⁴⁰ no que se refere aos limites impostos ao poder político nas formulações teóricas atinentes ao Estado liberal, surgido com o constitucionalismo moderno. Nesse sentido, anota Ruiz Miguel, que a importância normativa do iusnaturalismo moderno, no sentido de justificar eticamente a organização social e política através do mecanismo hipotético do contrato social, isto é, por meio da invenção do estado de natureza e de sua superação através do contrato social, avulta também por fazer exsurgir a categoria dos direitos humanos, assentando-se, assim, sobre ele, a mais poderosa forma de limitação do poder político e de garantia dos indivíduos já produzida na história, tendo como um dos seus principais teóricos a figura de John Locke.⁴¹

O médico e filósofo inglês ganhou notoriedade no contexto da Revolução Gloriosa, em 1689. Sua principal preocupação, manifestada especialmente no *Segundo tratado do governo*,⁴² consistia numa crítica radical contra a monarquia absoluta e a favor do

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 11. Respeitar e proteger já aponta para uma atuação do Estado, com o fim de garantir os direitos fundamentais, num duplo sentido, que muito interessa para a presente investigação: um negativo, no sentido de respeitar; um positivo, no sentido de proteger. O tema foi tratado no terceiro capítulo.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 9.

⁴⁰ A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais está referida no terceiro capítulo, quando se defende a necessidade de uma compreensão multidimensional desses direitos. No último capítulo restará evidenciado que, na verdade, todos eles estão inseridos no contexto do que se denominará, com Caçado Trindade, “Direito dos Direitos Humanos”. Assim, no decorrer deste estudo frequentemente serão utilizadas indistintamente as expressões “direitos humanos” e “direitos Fundamentais”.

⁴¹ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 239; No mesmo sentido, BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 32.

⁴² LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 59; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 91.

estabelecimento de um governo legítimo, assim entendido um governo no qual não fosse possível a transgressão dos limites estabelecidos no pacto social estipulado pela comunidade política, podendo o governo civil explicar-se como sendo um ato de confiança dos representados em relação aos representantes.⁴³

Locke parte de um hipotético estado de natureza, no qual os homens gozavam de liberdade e igualdade sem que fossem submetidos a qualquer tipo de constrangimento: “o homem nasce com um direito à liberdade perfeita e ao gozo incontrolado de todos os direitos e de todos os privilégios da lei da natureza, em igualdade de circunstâncias com todos os outros homens ou grupos de homens”.⁴⁴ Sendo assim, possui, por natureza, “o poder não apenas de preservar a sua propriedade, isto é, a sua vida, a sua liberdade e os seus bens, [...] mas também de julgar todos aqueles que violarem aquela lei, aplicando-lhes as sanções que considerar adequadas à natureza das ofensas cometidas”.⁴⁵

Consoante anota Bolzan de Moraes, trata-se de um estado virtuoso onde os interesses e experiências pessoais constituem um valor em si mesmo, sendo o conjunto de desenvolturas individuais a melhor alternativa para a vida em sociedade. No entanto, falta uma autoridade capaz de resolver eventuais conflitos e impor coercitivamente suas decisões, evitando, com isso, a proliferação de guerras.⁴⁶ Faltava uma regra estável e consolidada capaz de assegurar no tempo a propriedade adquirida no estado de natureza, diz Fioravanti.⁴⁷ De fato, de acordo com Locke, no estado de natureza, o homem é totalmente livre e senhor dos seus bens. E, sendo assim, somente abrirá mão da sua liberdade para submeter-se a outro poder em busca de proteção: “no estado de natureza, o homem possui, de fato, um tal direito; contudo, o seu exercício é extremamente incerto, uma vez que está constantemente exposto à invasão dos outros”.⁴⁸

⁴³ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 59. Para Locke, a monarquia absoluta é incompatível com a sociedade civil, não podendo nem mesmo ser considerada como uma forma de governo civil. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 109)

⁴⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 106.

⁴⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 106. No estado de natureza, diz Locke, “um homem detém o privilégio de identificar os seus direitos, bem como de os salvar, na medida das suas possibilidades”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 110-111)

⁴⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 31-32.

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 91.

⁴⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 143.

Naquele estado, que configura uma espécie de reino da liberdade individual, cada homem é rei e cada um é seu igual. O fato de os homens, na sua maioria, não serem exatamente providos de escrúpulos, diz Locke, faz com que o usufruto da propriedade, ou seja, dos seus direitos, esteja sempre em perigo e sem qualquer garantia, exurgindo daí o desejo de sair daquele estado e adentrar ao estado civil: “é isto que os leva a abandonar aquela condição que, apesar de marcada pela liberdade, está repleta de medos e de perigos contínuos”.⁴⁹ Eis porque os homens aceitam viver em sociedade: “a preservação mútua das suas vidas, das suas liberdades e dos seus bens, a que me tenho vindo a referir com o nome genérico de *propriedade*”.⁵⁰

Com efeito, em Locke, o pacto fora celebrado sob a condição de respeito aos direitos básicos já existentes no estado de natureza. Como ressalta Bolzan de Moraes, Locke pressupõe a existência de direitos do homem no estado de natureza, dos quais este desfrutava com inteira liberdade e autonomia, sendo tais direitos transferidos para o estado civil, cabendo ao sujeito coletivo, a quem se transfere a soberania, a preservação, não apenas daqueles direitos, mas também das condições de liberdade para o seu exercício e para a expansão do indivíduo.⁵¹ De fato, no pacto lockeano, ficam estabelecidos não apenas os motivos dos indivíduos e os objetivos da associação, senão também o âmbito de atuação da organização estatal com vista à proteção dos direitos.

Nesse sentido, afirma Locke que “o grande e *principal fim* que conduziu à união dos homens em sociedade e à sua submissão a um governo, foi a *preservação* das suas propriedades”.⁵² Logo, acrescenta ele, “nada se pode exigir de uma sociedade que não seja o necessário para a concretização dos fins para os quais ela foi constituída”; o objetivo da associação é a preservação da propriedade, ou seja, dos direitos. O autor ressalta inclusive o papel atribuído à jurisdição para a consecução desse desiderato: a instituição do juiz imparcial tem como objetivo a proteção da propriedade.⁵³

⁴⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 143.

⁵⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 143.

⁵¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 32-33.

⁵² LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 143-144.

⁵³ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 104-105, 107. O objetivo da sociedade civil é evitar e remediar os inconvenientes do estado de natureza, os quais decorrem, precisamente, do fato de cada um constituir-se como juiz que atua em causa própria. Tal desiderato é atingido por meio do estabelecimento de uma autoridade comum reconhecida por todos, a quem cada um dos membros da sociedade poderá recorrer em caso de injúria ou qualquer outra controvérsia. “Onde quer que se encontrem quaisquer pessoas que não disponham de

Assim, fica evidenciado, em Locke, o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no que se refere à esfera de atuação do poder político, ou seja, como técnica de limitação do poder estatal, o que de resto perpassa a história do constitucionalismo até os nossos dias, consoante ficará demonstrado no decorrer da presente investigação. Com efeito, assinala Bolzan de Moraes, que o reconhecimento da existência e a pretensão à permanência dos direitos naturais delimitam o conteúdo do pacto lockeano, destinando-se este à preservação e à consolidação dos direitos preexistentes no estado de natureza, assim como a prevenir e evitar a generalização dos conflitos que eventualmente viessem a ocorrer. Por meio dele, diz o jurista gaúcho, os indivíduos manifestavam a concordância com sua entrada no estado civil e com a posterior formação do governo, surgindo, daí, o princípio da maioria.⁵⁴ Com efeito, o estado civil nasce duplamente limitado: “por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos naturais pré-sociais; por outro, deve garantir o mais completamente possível a usufruição dos mesmos”.⁵⁵

Com isso, porém, não se esgota o sistema de garantias inerente ao constitucionalismo liberal de inspiração lockeana. Com a finalidade de impedir que o governo se transformasse

uma autoridade a quem possam recorrer para a resolução das disputas que surjam entre elas, essas pessoas permanecerão *num estado de natureza*”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 109) É manifesto o pensamento de John Locke no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao prescrever que: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Explica Locke, que dita preservação é impossível no estado de natureza. Em primeiro lugar pela ausência de um sistema de direito, conhecido e resultante do consentimento de todos e que funcione como padrão no momento de resolver as controvérsias que possam eventualmente surgir; em segundo lugar, porque não existe um juiz conhecido imparcial, dotado de autoridade suficiente para dirimir os conflitos mediante a aplicação da lei previamente estabelecida; em terceiro lugar, a ausência de um poder capaz de garantir a execução de eventuais sentenças. Destarte, não obstante os privilégios dos quais os homens desfrutaram no estado de natureza, acabaram impelidos a sair daquele estado e a ingressar na sociedade civil: “Eis a razão por que cada um deles abdica voluntariamente do seu poder singular de punição, que passará a ser exercido com exclusividade por aquele que for eleito entre todos com essa finalidade”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 144-145)

⁵⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 34-35. Como anota Avelãs Nunes “Assentado no princípio democrático, no princípio liberal e no princípio do direito, o estado de direito liberal foi a bandeira na luta contra a o estado aristocrático-absolutista, foi um instrumento de que, em dado momento histórico, a burguesia revolucionária se serviu para conseguir a hegemonia no controlo do poder político”. (AVELÃS NUNES, António José. *O Estado capitalista: mudar para permanecer igual e si próprio*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 49). No mesmo sentido, recorda Jorge Miranda, que o constitucionalismo liberal buscou ainda uma legitimidade capaz de se contrapor à antiga legitimidade monárquica; ela só poderia ser democrática, ainda que da prática e das próprias leis constitucionais não se deduza todos os seus corolários. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 167)

⁵⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 35. Também aqui é possível vislumbrar algum tipo de atividade positiva por parte do Estado com a finalidade de proteger os direitos fundamentais próprios da tradição liberal, o que retira desses direitos a ideia de uma dimensão puramente negativa, assunto que, como já mencionado, foi tratado no terceiro capítulo do presente estudo.

num modelo despótico,⁵⁶ o filósofo inglês teorizou, ainda, acerca da separação de poderes,⁵⁷ comportando sua doutrina os poderes legislativo, executivo e federativo. O poder legislativo é “aquele que tem o direito de determinar o modo como a força da comunidade política deverá ser utilizada para a preservação da sociedade e de cada um dos seus membros”. Dito poder é atribuído a várias pessoas, que devem reunir-se em assembleia e que possuam capacidade para legislar sozinhas ou em conjunto com outros poderes.⁵⁸

Para Locke, seria uma tentação muito forte permitir que as mesmas pessoas encarregadas da elaboração da lei detivessem também o poder de executá-la. Disso poderiam decorrer duas consequências indesejadas: a) as pessoas poderiam sentir-se eximidas do dever de obediência às leis que elas mesmas promulgaram; b) poderiam ajustar as leis aos seus objetivos privados, adotando-as e executando-as em proveito próprio, atendendo, assim, aos interesses dos próprios legisladores em detrimento dos interesses da comunidade, contrariando, dessa forma, os objetivos da associação.

Além disso, tendo em conta o fato de que a atividade legislativa não é permanente, uma vez promulgada a lei, os membros do legislativo deveriam separar-se, cada um tornando-se súdito da própria lei por ele produzida. Isso implicaria uma garantia de que a atividade legislativa estaria, exclusivamente, a “serviço do bem público”. Por outro lado, a força da lei é duradoura, exigindo, assim, uma atuação permanente. Logo, seria necessário alguém que a fizesse cumprir no dia-a-dia das pessoas. Ou seja, seria necessário um poder permanente destinado a garantir a execução das leis em vigor. É exatamente disso que decorre a separação entre os poderes: legislativo e executivo.⁵⁹

Por fim, o poder federativo, a quem cabia declarar a guerra, assinar tratados de paz, construir ligas e alianças com outras comunidades e conduzir negociações com organismos estrangeiros. O poder federativo distinguia-se, pois, do poder executivo: este deveria ocupar-se da execução de lei no âmbito interno; aquele seria responsável pela gestão da segurança e do interesse público em face da comunidade exterior. Não obstante serem distintos, esses dois

⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 97; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 59. Para Locke, “despótico é o poder arbitrário e absoluto que um homem tem sobre outros, inclusivamente o de lhes tirar a vida quando entender; [...] um tal poder de modo algum tem sua origem na natureza, nem poderá decorrer de um pacto, qualquer que seja ele”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 189)

⁵⁷ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011, p. 59.

⁵⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 163-164.

⁵⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 164.

últimos poderes, no dizer do seu teorizador, encontram-se quase sempre unidos, não devendo ser depositados em mãos deferentes, porquanto um e outro devem ficar adstritos a quem esteja encarregado de cuidar do bem público.⁶⁰

O governo seria representativo e estaria fundamentado na supremacia do legislativo sobre o executivo, tendo esta como pressuposto o princípio da maioria, sem o que se tornava impossível a atuação da comunidade.⁶¹ Para Locke, todo aquele que abandonar o estado de natureza para ingressar no estado civil terá que ceder à maioria dos membros daquela comunidade todos os poderes necessários à consecução dos objetivos almejados; a transferência de ditos poderes decorre da simples manifestação de concordância dos homens “em se reunir numa sociedade política”.⁶²

Com efeito, de acordo com nosso autor, uma vez criada a associação, a maioria passa a deter naturalmente o poder da comunidade política, a qual não significa uma democracia, nem qualquer outra forma de governo, senão aquilo que os latinos denominavam *civitas*, ou seja, Estado. Sendo o principal objetivo da sociedade o usufruto da propriedade, isto é, dos direitos, o instrumento para a consecução desse fim é a lei instituída pela associação. Sendo assim, diz Locke, a “primeira e mais fundamental de todas as leis positivas de qualquer comunidade política trata do estabelecimento do poder legislativo”.⁶³ Para Locke, o legislativo não é somente o poder supremo da comunidade política, mas é, também, considerado um poder sagrado e inalterável, sempre que se encontrar nas mãos em que a comunidade o depositou.⁶⁴

Não obstante a primazia do legislativo em relação ao executivo, e a importância atribuída ao princípio da maioria, o filósofo inglês teorizou, em favor deste último, um poder de prerrogativa consistente numa permissão que o povo outorga a seus governantes para a

⁶⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 165-166.

⁶¹ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 118-119, 149, 151-160, 224; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p. 59.

⁶² LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 120.

⁶³ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 149-151.

⁶⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 151. Para Locke, o governo poder ser democrático, quando a maioria exercer o poder para, de tempo em tempo, legislar e para executar as leis que forem adotadas, através de oficiais nomeados para tanto; será oligárquico quando a maioria entregar o poder legislativo a uma minoria seleta e seus herdeiros e sucessores; será uma monarquia: a) hereditária, quando o poder do monarca puder ser transmitido aos respectivos herdeiros; b) eletiva, quando o poder foi atribuído apenas ao monarca, podendo a maioria reassumir o poder de nomear o sucessor. A forma de governo depende da atribuição do poder supremo que é conferido ao legislador; não se pode conceber que um poder inferior possa determinar algo a um poder superior, nem que um poder, que não o poder supremo, possa legislar. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 149-150)

tomada de certas decisões em caso de lacunas deixadas pelo legislador, e até mesmo contrárias à lei, desde que para o bem público e com autorização do próprio povo.⁶⁵ Nesse sentido, como bem lembra Pisarello, no pensamento lockeano, a defesa do bem público parece justificar eventual recurso a poderes excepcionais, desprovidos de limitação jurídica. No entanto, tal se dá apenas de forma aparente.⁶⁶

Com efeito, ressalta Locke, que o objetivo do governo deve está vinculado ao da comunidade; o interesse do príncipe não pode ser distinto e separado do interesse daquela; se assim fosse, os membros de uma comunidade não instituíam governantes, posto que a estes se submetem exatamente para a proteção e promoção dos seus bens e não dos interesses privados dos próprios governantes. Nesse sentido, afirma o filósofo inglês, que a prerrogativa não pode ser considerada um poder arbitrário em detrimento do povo: “a prerrogativa não irá além de uma autorização do povo para que os seus governantes desempenhem várias tarefas como entenderem, seja perante o silêncio da lei, seja, por vezes, expressamente contra a letra da lei, desde que o façam para o bem público, e desde que contem com o consentimento popular”.⁶⁷

Por outro lado, convém ressaltar que, da concepção lockeana de estado de natureza decorre, acima de tudo, o fato de que o poder legislativo, ainda que seja referido pelo próprio Locke como poder supremo, deve ser entendido como um poder em si mesmo limitado, sendo possível até determinar a sua extensão.⁶⁸ No *Segundo tratado do governo*, Locke dedica um capítulo inteiro ao poder legislativo, no qual fica evidenciada a supremacia deste em relação ao poder executivo, mas nunca a ideia de um poder absoluto.⁶⁹ Como ressalta Fioravanti, no pensamento lockeano, em rigor, o legislativo não nasce nem mesmo com a finalidade de gerar direitos, senão para aperfeiçoar a tutela dos direitos pré-sociais, não podendo, pois, deles dispor de forma arbitrária.⁷⁰

De fato, para Locke, o poder legislativo não é e nem pode ser um poder arbitrário e absoluto em relação à vida e aos bens dos cidadãos. Representando apenas “o conjunto dos poderes que cada um dos membros da sociedade entregou à pessoa ou à assembleia que constitui o legislativo, tal poder jamais se poderá apresentar como algo superior àquilo que

⁶⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 179-181.

⁶⁶ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p. 60.

⁶⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 182-183.

⁶⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011. p. 92.

⁶⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 151-161.

⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011. p. 92.

essas mesmas pessoas possuíam enquanto viviam no estado de natureza”.⁷¹ É exatamente em relação aos direitos naturais pré-existentes no estado de natureza que se deve entender a afirmação de Locke segundo a qual, numa acepção mais alargada, “o poder legislativo está *limitado ao bem público* da sociedade”, não possuindo outra finalidade que não a preservação daquelas condições: “a preservação da propriedade constitui a finalidade do governo e a razão pela qual os homens se integram em sociedade, o que necessariamente pressupõe e exige que *tenham propriedade*”.⁷²

Com efeito, para conter os excessos tanto do legislativo quanto do executivo, Locke desenvolveu a fórmula por ele referida como apelo ou recurso ao céu.⁷³ Dita fórmula, explica Pisarello, expressava o papel de garantia atribuído ao direito de resistência compreendido na nova ordem constitucional inglesa, na qual o povo seria o juiz último da constituição porque era o mandante, considerando-se os demais poderes como mandatários. Nessa perspectiva, o direito de resistência seria ativado sempre que os representantes traíssem a relação fiduciária com o povo, isto é, a confiança da qual eram depositários.⁷⁴ Ou seja, em caso de tirania.⁷⁵

De fato, para Locke, numa comunidade política independente, edificada sobre seus próprios fundamentos e atuando conforme sua própria natureza, isto é, para preservar a própria comunidade e os direitos dos indivíduos, só pode haver um poder supremo. Dito

⁷¹ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 153.

⁷² LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 153, 157. É interessante como Ferrajoli retoma essa ideia de Locke e conecta a teoria do contrato social à sua concepção de democracia constitucional, que contempla uma dimensão política ou formal e uma dimensão substancial, consistente, essa última, nos direitos fundamentais, cuja garantia é a “razão social” para a elaboração do pacto e criação da associação, ou seja, do Estado, conforme demonstrado no último tópico do próximo capítulo.

⁷³ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 185-186.

⁷⁴ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 60. A expressão “direito de resistência” está tomada aqui não no sentido de “resistir a intervenções” estatais em caso de violação aos direitos fundamentais próprios da tradição liberal, como ocorre na tradição jurídica alemã, mas como direito à insurreição, o qual consiste na “possibilidade de desobediência civil contra pessoas ou órgãos estatais que tentarem destruir a ordem constitucional”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55-56)

⁷⁵ Tirania é o exercício do poder à margem do direito. Verifica-se quando alguém, em vez de utilizar o poder em benefício dos governados, utiliza-o em benefício próprio; ocorre também a tirania quando independentemente da legitimidade com que detém o poder, o governante substitui a lei pela sua vontade, colocando suas ações a serviço dos seus próprios interesses, vinganças ou outras paixões condenáveis, em vez de colocá-las a serviço da propriedade do seu povo, ou seja, dos seus direitos. A prática da tirania não é exclusiva das monarquias, mas aplica-se a qualquer forma de governo: “o poder atribuído para o governo dos súditos e para a preservação das suas propriedades, torna-se tirânico a partir do momento em que for exercido para outros fins e for utilizado para empobrecer, molestar ou submeter o povo ao domínio arbitrário e irregular daqueles que o detiverem, quer se trate de uma só pessoa, ou de muitas. [...] Onde quer que a lei termine, começa a tirania, sempre que a lei for transgredida em prejuízo de outrem”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 213-215)

poder é o legislativo a quem todos os demais poderes ficam subordinados. No entanto, ressalta o filósofo inglês, o legislativo fica vinculado aos objetivos estabelecidos pela própria comunidade sob pena de ser por ela dissolvido: “o legislativo é apenas um poder fiduciário para agir em cumprimento de certos objetivos; por esta razão, o *povo* detém sempre um *poder supremo* de *dissolver o legislativo, ou de o alterar*, quando considerar que ele está sendo exercido ao arrepio da missão que lhe foi confiada”.⁷⁶

Acrescenta Locke, que todo o poder conferido a alguém para que cumpra determinado objetivo fica delimitado pelo próprio objetivo almejado. Assim, em caso de negligência na concretização de tais objetivos, perde-se “o direito ao poder” que fora confiado, podendo o mesmo ser confiscado. Em tal situação, o direito retornará àqueles que o haviam concedido, os quais poderão depositá-lo novamente nas mãos de quem detiver melhores condições de exercê-lo com vistas à segurança e salvaguarda da comunidade. Nestes termos, diz Locke, “a *comunidade conserva* para todo o sempre o *poder supremo* de se salvar das tentativas e dos desígnios de todos aqueles, até mesmo dos seus legisladores, que forem suficientemente tontos e malvados para conceber e levar a cabo propósitos atentatórios às liberdades e às propriedades dos seus súditos”.⁷⁷ Ou seja, aos direitos dos cidadãos.

Eis, pois, a proposta lockeana que serviu de substrato ao constitucionalismo liberal, tão bem sintetizada nas palavras de Norberto Bobbio: “através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, [...] do direito de resistência, John Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal”.⁷⁸ Nesse sentido, o presumível estado originário do homem, isto é, o estado de natureza, foi uma construção filosófica desenvolvida por Locke que teve um único objetivo: “aduzir uma boa razão para justificar os limites do poder do Estado”.⁷⁹

Para Fioravanti, a verdadeira contribuição de Locke para a história do constitucionalismo moderno reside no fato de ter sido ele o primeiro a formular, de maneira clara, a distinção entre poder absoluto e poder moderado; o primeiro é aquele em que os poderes: legislativo e executivo estão concentrados nas mãos de um mesmo sujeito, seja ele um rei ou uma assembleia; o segundo é aquele em que esses poderes estão em mãos de sujeitos distintos. Sendo assim, a primeira e fundamental máxima do constitucionalismo

⁷⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 167.

⁷⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 167-168.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 41.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 13.

consiste no fato de que aquele que detém o poder de fazer a lei não dispõe dos recursos e meios de governo, tampouco do poder de coação sobre os indivíduos e vice-versa.

Mais que isso: para Locke, diz Fioravanti, a ideia de poder moderado constitui a maior e mais concreta garantia dos direitos dos indivíduos.⁸⁰ Acrescenta o jurista italiano que, para o filósofo inglês, são compatíveis com a técnica do poder moderado toda e qualquer forma de governo em que não se verifica uma confusão entre os poderes legislativo e executivo, sendo este o espaço da constituição, ou seja, o espaço em que se desenvolve a relação prudente e equilibrada entre ambos os poderes, de modo a evitar a formação de um centro de poder absoluto capaz de por em risco os direitos dos indivíduos.⁸¹

Com efeito, de tudo isso se pode inferir que, no pensamento lockeano, direitos fundamentais e separação de poderes, enquanto esquemas destinados à limitação do poder político, são noções que estão irremediavelmente implicadas. Ademais, há que ficar consignado, para os objetivos da presente investigação, que, na teorização levada a efeito pelo filósofo inglês, enquanto direitos fundamentais e separação de poderes constituem técnicas de limitação do poder político, configurando-se como elementos que compõem o próprio núcleo conceitual de constitucionalismo, conforme referido acima, a segunda deve ser concebida como técnica de garantia em relação aos primeiros. Dito de outro modo, a técnica do poder moderado ou, simplesmente, a separação de poderes foi concebida pelo constitucionalismo moderno, na concepção lockeana, como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais.⁸²

Contudo, de acordo com Julios-Campuzano, o constitucionalismo contemporâneo, surgido a partir do segundo pós-guerra, consoante será explicitado adiante, mantém a mesma definição alusiva ao constitucionalismo moderno, ou seja, contemporaneamente o constitucionalismo continua a ser concebido como uma “*técnica específica de limitação do poder com finalidade de garantia*”.⁸³ De igual modo, as concepções procedimental e substancial de constituição, a primeira disciplinadora da organização do poder mediante o

⁸⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 92.

⁸¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 93-94.

⁸² Essa é a posição adotada no presente estudo, explicitada, especificamente, no quarto capítulo, onde se sustenta que o desprezo pela regra da divisão de poderes, para justificar eventual ativismo judicial, significa, na verdade, o enfraquecimento do sistema de garantia dos direitos fundamentais, conduzindo, em consequência, à deslegitimação da jurisdição constitucionalizada.

⁸³ CAMPUZANO-JULIOS, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28. Para os fins da presente tese adotar-se-á essa definição em relação ao constitucionalismo contemporâneo, ressalvando, todavia, que a limitação do poder político não consiste apenas em um não impedimento por parte do Estado no que se refere às liberdades clássicas, o que de fato nunca aconteceu, senão que inclui também os vínculos no que se refere ao que o Estado não pode deixar de fazer, para garantir os direitos sociais, conforme propugnado por Ferrajoli, cuja proposta constitui o principal marco teórico aqui adotado, conforme foi indicado na introdução e será mais bem explicitado adiante.

estabelecimento de regras sobre competências e procedimentos, a segunda definidora de princípios supraordenados (Ferrajoli) à legislação infraconstitucional, configuradores da rigidez constitucional e do caráter de constituição garantida,⁸⁴ conforme se aludiu acima, também estão referidas ao constitucionalismo contemporâneo.

Sendo assim, retorna-se ao ponto inicial, no sentido de saber por que ideia de constitucionalização do Estado, ou de Estado constitucional está mais diretamente associada ao constitucionalismo contemporâneo. A resposta a tal pergunta implica compreender antes como o Estado de direito concebeu um dos postulados fundamentais subjacentes ao surgimento do próprio Estado moderno: o dogma da onipotência do legislador. Por outras palavras, importa saber como se operou a conexão entre o constitucionalismo moderno e o positivismo jurídico, a qual elevou a lei à condição de fonte primária do direito.⁸⁵ Isso requer uma incursão acerca do conceito de direito do período clássico até o advento do constitucionalismo liberal, ou seja, acerca da relação entre direito natural e direito positivo durante todo esse período, assim como acerca da concepção moderna de soberania.

2.4. Do direito não estatal pré-moderno ao direito estatal moderno: o legado positivista da onipotência do legislador

Do pensamento clássico até o século XVIII, a definição de direito dava-se mediante a individualização das duas espécies hoje conhecidas: o direito natural e o direito positivo. De acordo com Norberto Bobbio, essas duas espécies não eram consideradas diferentes do ponto de vista qualitativo nem quantitativo, senão no que diz respeito ao grau, considerando-se um direito superior ao outro, com a ressalva de que no período clássico não se verificava nem mesmo tal distinção quanto ao plano em que ambos se situavam: o direito natural não era considerado superior ao direito positivo; enquanto o primeiro era tido como direito comum, o segundo era considerado direito especial ou particular a uma determinada *civitas*, resolvendo-se eventual conflito entre os dois por meio da aplicação do princípio *lex specialis derogat*

⁸⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 88.

⁸⁵ Como lembra Comanducci, o constitucionalismo não pode ser considerado relevante enquanto teoria do direito durante o século XIX e a primeira metade do século XX. A teoria do direito dominante nesse período foi o positivismo jurídico. O constitucionalismo contemporâneo, especialmente na vertente conhecida como neoconstitucionalismo, por sua vez, não se apresenta somente como uma ideologia e uma correspondente metodologia. Ao contrário, se apresenta como uma teoria concorrente com o positivismo jurídico. (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un analisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 82-83)

generali. O exemplo citado por Bobbio é a conhecida tragédia de Antígona, em que o decreto de Creonte prevaleceu sobre o direito natural.⁸⁶

Diferentemente se passou no medievo. Em virtude do fundamento teológico do direito natural⁸⁷, este perdeu a condição de direito comum, sendo elevado à categoria de direito

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 25. A Grécia antiga foi o berço jusnaturalismo e do direito natural. Jusnaturalismo é a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana, precedentes, portanto à formação de qualquer corpo social, sendo reconhecíveis por meio da pesquisa racional, “das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral e jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural direitos naturais”. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 12) O filósofo Heráclito de Éfeso e o escritor Sófocles são lembrados como os primeiros defensores do direito natural, tendo sido o segundo o responsável pela formulação teórica daquele que é considerado o ponto central da doutrina jusnaturalista, consistente na afirmação segundo a qual “existe um direito superior à legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano”. O escritor relata um fato conhecido como a tragédia de Antígona, em que esta se recusara a cumprir leis de Tebas que proibiam o sepultamento de seu irmão, Polinice, por este ter sido considerado um traidor da pátria, em seu levante contra o rei Creonte. Durante o sepultamento proibido, Antígona foi surpreendida pelas forças do rei, invocando, em sua defesa, as leis imutáveis dos deuses que asseguravam às famílias o direito de enterrar seus mortos. A alegação de Antígona teve como consequência afastar a obrigatoriedade da lei estabelecida pelo soberano, e ao mesmo tempo assentar o direito positivo vigente em fundamentos que estão acima da vontade da autoridade constituída, justificando, assim, o descumprimento de normas que estejam em desacordo com o princípio de justiça estabelecido no direito superior. Assim, o direito natural pode ser entendido como “uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tenha como referência um sistema superior de normas ou princípios”, que representam um ideal de justiça que lhe imprime validade. Com efeito, o direito natural pode ser assim caracterizado: o direito positivo fica submetido a determinados conteúdos superiores, devendo ser analisado à luz daqueles conteúdos; tais conteúdos têm como fonte determinada lei universal e imutável, que representa um ideal de justiça; esses conteúdos devem sempre prevalecer em relação ao direito positivo formal em vigor. Como dito, esses conteúdos representam um ideal de justiça e se tratam de normas e princípios que ainda quando não acolhidos pelo direito positivo possuem um primado sobre ele e sobre o poder estatal do qual emana. Dito de outro modo, no período da *iuris naturalis scientia*, se reconhecia a existência de um direito positivo, surgido de circunstâncias histórico-sociais e políticas, mas que, como tal, tinha que ser pensado como elemento integrado e hierarquizado ao sistema normativo do direito natural, ao qual cabia, além de uma função residual, “também, e fundamentalmente, uma função normativa concreta”. Significa dizer que o contingente e historicamente variável direito positivo não podia contrariar o essencial e imutável direito natural. A principal consequência da normatividade e da primazia do direito natural em relação ao direito positivo consiste, pois, em que a regulação injusta de determinada conduta humana não possui nenhuma validade, sendo considerada um não direito, uma vez que só pode ser considerado como direito uma ordem jurídica válida, o que faz com que a doutrina do direito natural seja apreendida “numa compreensão teórica do fenômeno jurídico” cujo fundamento de validade das normas jurídicas do direito positivo em vigor fica submetido a uma determinada concepção de justiça. Assim, para os defensores dessa doutrina, direito é direito justo, isto é, orientado por um determinado ideal de justiça. (BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 240-241; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96). Também para Alfonso Ruiz Miguel, um dado característico do direito natural desde suas primeiras formulações no estoicismo é a sua superioridade em relação ao direito positivo, ocorrendo mudanças no modo de entender essa superioridade tanto no medievo quanto na modernidade. O iusnaturalismo medieval foi caracterizado como ontológico por conceber o direito essencialmente na perspectiva da justiça, chegando a afirmar o direito natural como a essência à qual deve se conformar o direito positivo para poder ser considerado como direito. Com efeito, ao considerar o direito natural como o verdadeiro ser de todo o direito, o propósito do jusnaturalismo medieval era moralizar o direito, ou seja, considerar como direito a moral ainda que seja a parte da moral identificada com a justiça. O iusnaturalismo moderno, por sua vez, pode ser considerado deontológico, porquanto considera os direitos naturais não como *ser*, mas como o referente ou o *dever ser* ideal do direito positivo; nesse modelo, somente o direito natural se apresenta como moral, podendo considerar-se mais como um referente ao direito positivo do que sua essência. (MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 190-191)

superior, já que se tratava da “vontade de Deus por ele participada à razão humana”, ou, na concepção paulina, “a lei escrita por Deus no coração dos homens”. Não obstante essa distinção no que se refere à hierarquia normativa, as duas espécies de direito continuavam sendo reconhecidas como tal, ou seja: “direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo”.⁸⁸ A grande mudança se operou com o surgimento do Estado moderno e a correspondente dissolução do modelo medieval de organização social, ambos vinculados ao aparecimento do positivismo jurídico.

Com efeito, a principal característica da sociedade medieval era o caráter policêntrico de distribuição do poder⁸⁹ e, por conseguinte, o pluralismo jurídico: a sociedade medieval era constituída de agrupamentos sociais, cada qual dotado de ordenamento jurídico próprio, isto é, com diferentes centros de produção e fontes do direito.⁹⁰ Como explica Fioravanti, com a ruína do edifício político romano, a partir do século V, desmoronou também a fórmula política imperial romana, desaparecendo com ela a possibilidade de ordenação, num sentido global, a partir de um único centro de poder, de um conjunto de relações civis, económicas e políticas.⁹¹

Sendo assim, esclarece o autor que, no medievo, compreendido o período que vai do século V ao século XV, não existia uma forma típica de exercício do poder; apesar de existirem poderes orientados no sentido universalista, como era o caso do poder imperial, ditos poderes, com frequência, careciam de efetividade na vida das pessoas. Em sentido contrário, existiam poderes que atuavam com razoável grau de concretude sobre espaços territoriais determinados, quase sempre legitimados pela posse da terra, de onde derivava o mesmo exercício dos poderes de império, quais sejam: a administração da justiça, a cobrança de tributos, o alistamento militar etc.

⁸⁷ No decorrer da história o mundo conheceu três diferentes concepções de direito natural: a) o *jusnaturalismo clássico*, que concebia a ordem jurídica como uma cosmológica; fala-se, pois, num direito natural cosmológico, fundado na ordem natural das coisas; b) o *jusnaturalismo medieval*, no qual o direito tinha por fundamento uma divindade; Deus era o fundamento de todas as coisas, falando-se aqui em direito natural teológico; c) o *jusnaturalismo moderno* ou racionalista, em que o direito é concebido como produto da razão, tendo como fundamento a natureza humana, falando-se, pois, num direito natural antropológico. (STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaio sobre a reconstrução*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 61; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 99. BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 241-242)

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 25-26.

⁸⁹ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 29.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: DYKINSON, 1998. p. 7-8.

⁹¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 36.

Existiam, pois, reis, príncipes, senhores, laicos e eclesiásticos, cujos poderes derivavam de forma mais ou menos linear dos poderes orientados em sentido universalista e que, por sua vez, apresentam uma tendência a considerar seu objeto de domínio como um território unificado, ou até mesmo como um conjunto de terras unidas a partir de relações de natureza feudal. Além disso, a partir do século XI, apareceu o fenômeno de constituição do ordenamento das cidades. Nessa perspectiva, Fioravanti chega mesmo a questionar a existência de um fundamento divino para o exercício do poder. Segundo ele, trata-se de uma organização social complexa cujas formas de exercício dos poderes públicos, assim como do seu modo de legitimação são deveras distintos, não sendo possível subsumir-se por completo à imagem comum segundo a qual o poder descende de certa divindade, produzindo, assim, um único critério originário de legitimação.⁹²

O que é importante ressaltar é que, nesse contexto, o direito se apresentava como um fenômeno social não estatal produzido pela sociedade e por aquele encarregado de resolver eventuais conflitos, isto é, pelo juiz, o qual ocupava um destacado papel consistente na criação judicial do direito.⁹³ Com o surgimento do Estado moderno, a sociedade adquire uma estrutura monista, com a concentração de todos os poderes no Estado, especialmente aquele relativo a criação do direito, seja diretamente por meio da produção legislativa, seja de forma indireta por meio do “reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”, decorrendo daí aquilo que Bobbio denominou “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.⁹⁴

Como recorda o jusfilósofo italiano, ao se falar em direito, há que se ter sempre em mente que estar-se diante de um conjunto de regras obrigatórias em determinada sociedade, cuja violação exige a intervenção de um sujeito capaz de dirimir o conflito por meio de uma decisão sancionatória da conduta violadora. A mudança na posição e na função social desempenhada pelo juiz no contexto acima descrito é determinante para a compreensão da

⁹² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 34-35.

⁹³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: DYKINSON, 1998. p. 9.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26-27. As normas consuetudinárias, explica Bobbio, “consistem num consenso manifestado pelo povo através de certo comportamento constante e uniforme acompanhado da *opinio juris ac necessária*”. Significa dizer que para configurar-se como um costume jurídico não é suficiente sua eficácia, ou seja, não é suficiente o fato de que determinado comportamento seja efetivamente seguido pelo grupo social, sendo necessário também que se verifique a sua validade, isto é, que “aquele comportamento constante, que constitui o *conteúdo* do costume receba uma *forma* jurídica”, a qual consiste no seu acolhimento num dado sistema jurídico, como sendo um comportamento obrigatório cuja violação importa numa sanção: “essa forma jurídica é atribuída ao direito consuetudinário ou pela lei, desde que se recorra a ela, ou pelo juiz, desde que ele extraia a matéria da sua decisão de um costume, ou pela vontade concordante das partes”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 59-60)

passagem de um direito não estatal ou pré-moderno, a um direito estatal e, portanto, moderno e, ao mesmo tempo, para a passagem de uma concepção dualista a uma concepção monista do direito.

No direito pré-moderno, ao resolver os conflitos de interesses, o juiz, atuando por nomeação de certa autoridade⁹⁵ ou como árbitro escolhido pelas próprias partes, não estava vinculado a uma única fonte estatal do direito, desfrutando, assim, de certa liberdade para a escolha da norma a ser aplicada, podendo deduzi-la do costume, daquelas elaboradas pelos juristas, podendo, ainda, adotar critérios de equidade, “extraindo a regra do próprio caso em questão, segundo princípio da razão natural”. Em suma, havia uma pluralidade de fontes do direito que permitia falar em direito natural e direito positivo, podendo o juiz aplicar normas de direito preexistente, isto é, de direito positivo, ou emitir juízo de equidade, com base no direito natural, sem olvidar-se, ainda, a superioridade do direito natural em relação ao direito positivo, consoante assinalado acima.

Com o surgimento da sociedade moderna, o juiz é transformado em agente estatal, encarregado de uma das funções do Estado. Com efeito, de agora em diante, passará a aplicar direito preexistente, ficando, assim, subordinado ao legislador.⁹⁶ Dito de outra forma, toda produção jurídica fica agora concentrada na figura do Estado, cabendo dita produção ao legislador a quem o juiz fica subordinado.

Enfim, com o aparecimento do Estado moderno operou-se a dissolução do modelo de sociedade medieval mediante o monopólio por parte daquela instituição da produção jurídica, restando superada a concepção dualista do direito, vigente desde o pensamento clássico, a qual foi substituída por uma concepção monista que reduziu todo direito àquele produzido pelo Estado. Tudo isso deu origem à doutrina conhecida como positivismo jurídico, assim entendida aquela “concepção de direito que nasce quando direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio”; por meio dela, ocorreu a redução de todo direito ao direito positivo, ficando o direito natural excluído da categoria de direito.⁹⁷ É nesse

⁹⁵ Como lembra Matteucci, na Inglaterra, desde o século XII, os juízes itinerantes do rei diziam, em seu nome, a justiça nos distintos tribunais, procedendo, dessa forma, à unificação dos distintos costumes e à elaboração da *common law*. De maneira semelhante ocorria na França do século XIII. Ali, o tribunal soberano do Parlamento de Paris passou a estender sua jurisdição às províncias, aparecendo no século XV os Parlamentos locais, os quais atuavam em nome do rei, ainda que remanescente as jurisdições senhoriais. Formou-se, assim, o corpo dos letrados, que vincularam seus interesses aos da monarquia, na batalha contra o feudalismo. (MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 31)

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 28-29.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26. De acordo com o autor, “o positivismo jurídico é

sentido que deve ser entendida a afirmação de Kaufmann, segundo a qual o positivismo jurídico do século XIX teve uma tarefa manifestamente histórica: “recolocar o aspecto *existencial* do direito, o seu caráter *positivo*, no campo de visão”.⁹⁸

Além disso, com a afirmação do positivismo jurídico, cuja doutrina teve início com o surgimento do Estado moderno e se consolidou já no Estado liberal, consoante se verá a seguir, o dogma da onipotência do legislador teve como corolário o primado da lei como fonte do direito. Com efeito, explica Bobbio, que direito positivo é aquele posto pelo poder soberano do Estado, por meio de normas gerais e abstratas, ou seja, por meio da lei: “o positivismo nasce do impulso histórico para a legislação” e se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do direito, sendo seu resultado último representado pela codificação. Assim, o termo final do contraste entre direito natural não estatal e direito estatal é representado pela codificação, ocorrida no final do Século XVIII, início do século XIX: “da codificação começa a história do positivismo propriamente dito”.⁹⁹

2.5. Para justificar o absolutismo: a doutrina da soberania de Jean Bodin

A dissolução do paradigma medieval, com a superação do direito pré-moderno e sua concepção dualista, assim como o simultâneo surgimento do Estado moderno com a consequente monopolização da produção jurídica nele próprio, a afirmação da onipotência do legislador e da lei como fonte primária do direito e, por fim, o surgimento do positivismo jurídico, têm como pressuposto básico a concepção moderna de soberania. Com efeito, pontua Jorge Miranda, que a noção moderna de Estado tem sua origem exatamente naquela ideia, isto é, na ideia de soberania. Lembra o mestre lusitano que, embora não fosse um conceito

aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26). Tem-se aqui, um dos corolários da tese positivista da separação entre direito e moral, qual seja, a tese da exclusão. Segundo Dimitri Dimoulis, a proposição “somente o direito positivo é direito” configura a tese da exclusão a qual tem natureza delimitativa, no sentido de que “exclui do conceito de direito qualquer mandamento, imperativo de conduta, fonte ou outro elemento normativo que não possa ser reconduzido diretamente ao legislador”. (DIMOLIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 103)

⁹⁸ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 31.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 32, 119. O acontecimento histórico que deve ser considerado o marco para o surgimento do positivismo jurídico, diz o autor, são as grandes codificações ocorridas no final do século XVIII e no início do século XIX, “que representam a realização política do princípio da onipotência do legislador”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 54)

inteiramente novo, foi Jean Bodin, em *Les six livres de la République*, publicado em 1576, quem o tornou mais claro e lhe atribuiu uma configuração jurídica.¹⁰⁰

Não obstante tenha proposto uma definição genérica, ou seja, aplicável a qualquer Estado, Bodin pretendia fundamentar juridicamente o poder do rei, em França, no momento em que este procurava livrar-se dos vínculos feudais e promover a sua centralização.¹⁰¹ Assim, a teoria da soberania de Jean Bodin, segundo a qual o soberano possuía a faculdade de criar direito obrigatório para todos, sem que estivesse juridicamente submetido a algum limite, se prestava a legitimar o poder do governante para ordenar a sociedade, o que considerava inevitável diante do colapso da ordem medieval.¹⁰²

A doutrina da soberania de Jean Bodin surgiu nos primórdios do constitucionalismo moderno e teve como ponto de partida exatamente uma crítica à constituição mista medieval. Conforme explica Fioravanti, no momento culminante da experiência política do medievo, a constituição mista se prestava a dar suporte à ideia de *potestas temperata*, a qual apontava para uma prática do poder monárquico limitado por outros componentes da constituição, assim como por instituições nas quais devem fazer-se representar os diferentes seguimentos da comunidade política. No período que vai da metade do século XVI até a metade do século XVII, diz Fioravanti, a constituição medieval operou na realidade e na cultura do seu tempo, *sosteniendo la necesidad de contraponer la todo intento unilateral de síntesis el modelo histórico de la constitución mixta*.¹⁰³

Foi nesse período que se desenvolveu o enfrentamento entre o absolutismo político e a constituição mista, do que são acontecimentos representativos: as guerras de religião, no ambiente francês, e a luta pelo poder entre a monarquia e o parlamento, no âmbito inglês. Nesse contexto, já não se argumentava contra um possível rompimento com a tradicional constituição mista, enquanto modelo histórico ao qual se deveria recorrer para a eliminação do conflito e o conseqüente restabelecimento da ordem. Em sentido oposto, as teorias da soberania apontavam exatamente a vigência daquela constituição como a principal causa da desordem e da guerra civil.

Afirmava-se, pois, que se chegara àquela situação exatamente pelo fato de, durante muito tempo, ter-se deixado de lado a pergunta fundamental acerca da titularidade do poder soberano, perdendo-se, por completo, o controle sobre o sistema social e político: uma ordem

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 23.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 23-24; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 258.

¹⁰² GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 47.

¹⁰³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 71.

assentada num amplo e permanente pluralismo de acordos e convênios, que se opunha a todo e qualquer intento unificador, somente poderia conduzir a uma situação tal qual a vivenciada. Foram essas premissas que serviram de base para que Jean Bodin desenvolvesse a sua teoria moderna da soberania, o qual, conforme Fioravanti, não procedeu a uma análise sobre o tema, e sim uma síntese com vistas a descobrir qual a natureza dos poderes que pertencem ao soberano.¹⁰⁴

Com efeito, para Bodin, o rei não é soberano pelo fato de deter múltiplos e amplos poderes, mas porque ditos poderes são dotados de um caráter particular, ou seja, um caráter de soberania. No seu entender, para que tal se configurasse fazia-se necessário que o poder do soberano apresentasse duas características fundamentais: que fosse perpétuo e absoluto. Poder perpétuo é aquele irrevogável, que detém tal qualidade porque não deriva de outro poder, ou seja, não se trata de um poder delegado. Se assim fosse, tal poder correria o risco de ser revogado. Logo, para ser considerado perpétuo e, conseqüentemente, soberano, o poder há que ser originário. Com esse conceito, o autor se colocava em rota de colisão com a tradição medieval, que reconhecia no rei a figura do magistrado supremo, cujo poder, na sua origem, havia sido transferido pelo conjunto da comunidade, com a qual havia estabelecido uma série de compromissos.¹⁰⁵

Segundo Fioravanti, com isso Bodin pretendia introduzir um critério seguro, capaz de permitir a distinção entre o poder do rei e o poder dos magistrados e de todos aqueles que, em França, exerciam algum poder de *imperium*, já que tais poderes, por mais amplos que fossem, sempre decorriam de uma delegação. Sua pretensão era, pois, afirmar a necessidade de um poder que, em virtude do seu caráter intrínseco, pudesse expressar uma dimensão fixa e constante na vida da república. Assim, do ponto de vista teórico, Bodin promoveu, pela primeira vez, uma ruptura com as estruturas de poder medieval. Dita ruptura consistia na tomada de consciência acerca da impossibilidade no tocante à manutenção, de forma pacífica e harmônica, daquela estrutura de poder, a qual necessitava, para estabelecer a ordem e evitar a proliferação de conflitos, de um poder distinto que fosse originário e, portanto, soberano.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 71-72.

¹⁰⁵ BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2012. p. 195 s. Para Luc Foisneau, “A grande inovação introduzida pela teoria de Bodin está no vínculo que ele estabelece entre a independência do soberano em relação a qualquer outra forma de autoridade humana e seu poder para criar e abrogar leis. A dimensão política da comunidade está não mais nas virtudes dos cidadãos, mas na existência de uma autoridade capaz de dar leis. Essa autoridade repousa, por sua vez, no fato de não estar submetida a qualquer lei humana”. (FOISNEAU, Luc. *Governo e soberania: o pensamento político moderno de Maquiavel a Rousseau*. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. Porto Alegre: Linus, 2009. p. 72)

¹⁰⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 73-74.

Além de perpétuo, na forma acima preconizada, o poder soberano deveria ser também absoluto. Para Bodin, no entanto, poder absoluto não significa um poder destituído de qualquer limite. Com efeito, da tradição medieval remanesce, na teoria da soberania de Bodin, pelo menos duas espécies de limites ao poder. O primeiro limite parte da distinção entre rei e coroa, que tem como consectário a impossibilidade de modificar as leis que regulam a sucessão do trono e de alienar os bens públicos; o segundo diz respeito ao reconhecimento de direitos que, afirmados na história, pertencem aos súditos isoladamente, às famílias e às comunidades rurais e urbanas, sendo tais direitos indisponíveis em relação ao soberano. Aqui, vigorava a máxima medieval segundo a qual o governante que viola os direitos dos súditos deve ser considerado um tirano.

Sendo assim, poder absoluto é aquele em que, uma comunidade política bem ordenada, que busca evitar a proliferação de conflitos e os riscos de sua dissolução, reconhece a existência de poderes que não podem ser objeto de acordos, ou seja, que não podem ser compartilhados. Na verdade, afirma Fioravanti, o absolutismo do poder decorre do fato dele ser perpétuo, ou seja, originário, porquanto, por não ser um poder derivado, não existe nenhum outro poder com o qual seja obrigado a associar-se. Significa dizer, que o poder absoluto é também indivisível: o poder soberano não é propriamente um poder ilimitado, mas um poder que, pela sua natureza, inadmite, numa dimensão constitucional, qualquer forma de controle e de contrapeso por parte de outros poderes.¹⁰⁷

De acordo com Bodin, na noção de soberania estão compreendidos os seguintes poderes, os quais não podem ser objeto de contrapesos: o poder de elaborar e anular leis; o de declarar guerra e firmar a paz; o de decidir em última instância os conflitos ocorrentes entre os súditos; o de nomear os magistrados; e o de instituir tributos.¹⁰⁸ Por outro lado, o regime político só pode assumir uma de três formas: a monárquica, na qual os poderes soberanos têm como titular o rei; aristocrática, quando tais poderes estiverem como titular um dado estamento, reunido numa assembleia; e a democrática, quando se tratar de uma assembleia representativa da maioria dos cidadãos.¹⁰⁹ Para ele, não é possível um regime político misto; qualquer tentativa de combinar os três regimes caracteriza uma situação sem forma, em espera

¹⁰⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 75.

¹⁰⁸ BODIN, Jean. *Os seis livros da república: livro primeiro*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2012. p. 291 s.

¹⁰⁹ BODIN, Jean. *Os seis livros da república: livro segundo*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p. 11-12.

de definição por uma delas, cuja demora pode ocasionar a dissolução de todo o sistema político.¹¹⁰

Bodin deixava clara a sua preferência por uma soberania monárquica. Contudo, uma vez firmada essa posição teórica, restava em aberto a questão do governo a ela correspondente. Com efeito, diz Fioravanti, o grande mérito de Bodin foi estabelecer a distinção entre regime e governo:¹¹¹ com a noção de regime procurava definir quem é o sujeito titular dos poderes soberanos; com a de governo, procurava definir a natureza da função perante o soberano de todas as pessoas investidas em algum tipo de poder, como era o caso dos parlamentos, dos magistrados, dos oficiais do reino etc.¹¹² Na perspectiva de Bodin, do ponto de vista do governo, um bom regime monárquico é aquele bem regulado pelo uso moderado de algumas assembleias de estados e certos corpos e comunidades; é o regime em que os corpos consultivos e os magistrados têm sua autoridade ordinária e legítima.¹¹³

Na verdade, o que Bodin defendia era a possibilidade de um regime monárquico absolutista, no qual o monarca concordava em governar com a ajuda das assembleias e dos magistrados, evitando, assim, ao mesmo tempo, o isolamento do soberano e o desgaste decorrente das atividades de governo, o que resultaria no desprestígio para sua autoridade ou, simplesmente, para sua soberania.¹¹⁴ O que propõe é um regime político monárquico, dotado de um governo misto e equilibrado, que possa contemplar os componentes: aristocrático e popular.¹¹⁵ Com efeito, na perspectiva do governo, consegue recuperar boa parte da tradicional constituição mista medieval, admitindo até que determinados poderes soberanos pudessem ser exercidos com o consenso das assembleias, desde que isso não interferisse no âmbito do regime político, já que a soberania deveria permanecer totalmente concentrada nas mãos do monarca.

Assim, como explica Fioravanti, o desenvolvimento dos corpos consultivos e dos magistrados no exercício de poderes inerentes à soberania operava exclusivamente no plano do governo, que *es el plano del arte de la política, de la oportunidad y de la conveniencia, da prudencia y del equilibrio*, sem que isso significasse, de algum modo, uma redefinição das

¹¹⁰ BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro segundo. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p. 12-28.

¹¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011, p. 76.

¹¹² BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro segundo. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p. 29-38, 95-104.

¹¹³ BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro segundo. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p. 141 s.

¹¹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 76.

¹¹⁵ BODIN, Jean. *Os seis livros da república*. Livro sexto. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012. p.199 s.

características essenciais do regime político, o qual não admitia nem mesmo a discussão a respeito da divisão, ainda que em parte, da soberania do monarca. Como consequência, o que remanesce da constituição mista medieval é somente a forma de organizar o governo. As características fundamentais da comunidade política já não podem mais ser extraídas imediatamente da constituição, mas vêm dadas pelo tipo de regime político nela contido.

De agora em diante, para compreender as características da comunidade política era necessário antes perguntar *en qué lugar e en qué sujeto están fundados los poderes soberanos*. No dizer de Fioravanti, já não se pode mais afirmar que em França existe uma constituição monárquica, mista e equilibrada, mas *una monarquía que gobierna de modo mixto y temperado*. Essa é a ideia que perpassa toda a obra de Bodin e que está na origem das constituições modernas: nem mesmo o mais complexo dos governos pode tocar no núcleo duro do regime político no qual está contido o momento da soberania.¹¹⁶

Ainda de acordo com Fioravanti, na obra de Bodin aparece o problema moderno da soberania. Contudo, tal problema nem se explica, nem se resolve. Segundo ele, Bodin não se preocupou em analisar com profundidade as razões da diferença entre *regime* e *governo*, assim como os excessos do primeiro em relação ao segundo. Ou seja, Bodin não se empenhou em buscar o “verdadeiro fundamento da soberania”, tarefa que fora levada a efeito por Thomas Hobbes, em *Leviatã*, obra publicada mais de meio século depois, no ano de 1651. É o que se analisará a seguir.

2.6. O dogma da onipotência do legislador em Hobbes e em Rousseau e a conexão entre constitucionalismo e positivismo jurídico

Hobbes teorizou a respeito do Estado absolutista. Segundo Bobbio, sua teorização não apresentou uma justificação moral, tampouco política, fundamentando-se em bases puramente históricas. Explica-se como uma reação ao estado de anarquia em que vivia não somente a Inglaterra, mas todo o continente europeu dominado pelas guerras de religião. Quando pensou o estado de natureza, não o tomou como um dado meramente hipotético ou de alguma forma pré-histórico, mas inspirou-se no estado de guerra civil que dissolve o poder central,

¹¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 76-77. Como se verá mais adiante, nas constituições contemporâneas esse núcleo duro está representado pelos direitos fundamentais, referidos por Ferrajoli como “fragmentos de soberania”.

conduzindo à desordem generalizada. Nesse contexto, a guerra civil significa um retorno ao estado de natureza para cuja superação Hobbes desejava contribuir.¹¹⁷

Com efeito, a proposta teórica de Hobbes surgiu logo após os drásticos acontecimentos de 1649, que culminaram com a condenação à morte do rei, a abolição da Câmara dos Lordes, a queda da tradicional constituição mista inglesa e o nascimento da república. Assim como Bodin, Hobbes parte da premissa segundo a qual se chegou a essa situação dramática porque, durante muito tempo, se havia dado muita importância às falsas doutrinas da constituição e da monarquia mistas, que haviam conduzido à crença na possibilidade de um ordenamento político composto e equilibrado, profundamente enraizada na história do reino. Isso levou a uma situação em que a coisa pública, ou seja, o Estado, havia se dividido em facções que disputavam entre si o poder soberano, situação que conduzia inevitavelmente à guerra civil.¹¹⁸

Reportando-se à relação entre poder civil e poder eclesiástico, afirma Hobbes que, quando estes dois poderes se opõem um ao outro, o Estado fica exposto ao perigo de guerra civil e de dissolução.¹¹⁹ Acrescenta, em outra passagem que, “no corpo político, quando o poder espiritual agita os membros de um Estado pelo terror dos castigos e pela esperança das recompensas e não pelo poder civil como deviam ser movidos, e por meio de palavras estranhas e difíceis sufoca o seu entendimento, precisa por isso distrair o povo, e ou emergir o Estado na opressão, ou lançá-lo no fogo da guerra civil”.¹²⁰

No que diz respeito à constituição mista, afirma o filósofo inglês que, quando o governo é meramente civil e existem nele diversos centros de poder, resulta não propriamente num governo, mas na divisão do Estado em facções: muito embora o designem como uma monarquia mista, “a verdade é que não é um Estado independente, mas três facções independentes, não uma pessoa representativa, mas três pessoas”. Referindo-se especificamente à estrutura de poder vigente na Inglaterra da época, adverte Hobbes que, no

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 37.

¹¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 78.

¹¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 260. De acordo com Hobbes, “sendo a autoridade civil mais visível e aparecendo na luz mais clara da razão natural, não pode fazer outra coisa senão atrair a ela em todas as épocas uma parte muito considerável do povo; e a *espiritual*, muito embora na escuridão das discussões da Escola e das palavras difíceis, contudo, porque o receio da escuridão e dos espíritos é maior do que os outros temores, não pode deixar de congregar um partido suficiente para a desordem e muitas vezes para a destruição do Estado”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 260)

¹²⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 261.

reino de Deus podem conviver três pessoas sem que ocorra a quebra da unidade. Isso, porém, não será possível entre os homens, porquanto estes estão sujeitos à diversidade de opiniões que fragmenta a soberania: “se o rei representa a pessoa do povo e a assembleia geral também representa a pessoa do povo, e uma terceira assembleia representa a pessoa de uma parte do povo, não há apenas uma pessoa nem um soberano, mas três pessoas e três soberanos”.¹²¹

Eis, pois, a situação que, na concepção hobbesiana, configura um retorno ao estado de natureza. Naquele estado, diz Hobbes, a condição do homem é de guerra de todos contra todos; nele, todo homem tem direito a todas as coisas e, enquanto perdurar tal situação, ou seja, enquanto cada homem tiver direito a tudo, os homens não viverão em segurança. Disso decorrem as duas leis fundamentais da natureza. De acordo com primeira, “todo homem se deve esforçar pela paz, na medida em que a tenha esperança de conseguir”; a segunda, que é uma consequência da primeira, estabelece que “um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”.¹²²

Tudo se passa dessa forma porque, segundo Hobbes, “enquanto cada homem detiver o seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontram numa condição de guerra”.¹²³ Com efeito, para sair dessa situação de perigo de guerra constante, é necessário atribuir a titularidade dos poderes soberanos a um único sujeito, o qual pode ser um monarca, no caso da monarquia, ou uma assembleia, no caso de uma aristocracia ou de uma democracia.¹²⁴ Como explica Fioravanti, sem a individualização desse sujeito e a atribuição unicamente a ele dos poderes soberanos, o risco para a associação é permanente, podendo ocorrer a qualquer momento a dissolução do Estado.¹²⁵

De fato, para Hobbes, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum, capaz de manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”.¹²⁶ Assim, somente com a instituição do poder soberano é possível eliminar as situações de guerra,

¹²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 261.

¹²² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 116.

¹²³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 116.

¹²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 157.

¹²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 78.

¹²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 111-112.

garantindo, por conseguinte, a segurança dos súditos e a estabilização social. Daí a afirmação do filósofo, segundo a qual em todos os Estados, “a lei fundamental é aquela que, se eliminada, o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido”, tal qual ocorre com um edifício cujos alicerces se acham em ruína: “lei fundamental é aquela pela qual os súditos são obrigados a sustentar qualquer poder que seja conferido ao soberano, quer se trate de um monarca ou de uma assembleia soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir”.¹²⁷

Com isso, pondera Fioravanti, Hobbes está propondo o fim da constituição mista, porquanto no lugar de uma pluralidade de leis fundamentais a quem cabia definir, no seu conjunto, as atribuições dos diferentes componentes da constituição e dos diferentes poderes nela contidos, tem-se, agora, uma única lei fundamental que visa preservar a integridade dos poderes soberanos, já que somente dita integridade é capaz de manter íntegra a própria ordem política. Nesse sentido, admitindo-se a constituição, ainda que na concepção da tradição medieval, como uma condição que permite o desenvolvimento de uma “convivência civil ordenada e duradoura”, é forçoso deduzir de Hobbes que, “nenhuma constituição é possível sem soberania”.¹²⁸

Por outro lado, Fioravanti infere da proposta teórica de Hobbes um caráter construtivo, no sentido de instituir uma nova constituição que, segundo ele, poderia ser qualificada como *la constitución de los modernos*. Por evidente, o autor está referindo-se ao fundamento jusnaturalista do poder constituinte que se acha na base do constitucionalismo moderno. Com efeito, recorda o autor italiano que, no estado de natureza imaginado por Hobbes, os indivíduos são os protagonistas. Ao contrário do que se passava em Bodin, onde eles apareciam somente de forma eventual e apenas como destinatários das leis emanadas do soberano, em Hobbes os indivíduos estão na base da associação política, porquanto é deles a originária decisão que os levará à superação daquele estado.¹²⁹

Além disso, segundo a tese de Bodin, acima referenciada, a primeira característica do poder soberano consiste exatamente no fato dele ser um poder originário, ou seja, não derivar de nenhum outro poder, exatamente o contrário do que se passa em Hobbes: “os homens, tendo em vista conseguir a paz, e através disso a sua própria conservação, criaram um homem artificial, ao qual chamamos de Estado”.¹³⁰ Aliás, para Fioravanti, esse é o grande dilema em que se encontra Hobbes: configurar um poder que seja, ao mesmo tempo, soberano e artificial,

¹²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 232.

¹²⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 79.

¹²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 79.

¹³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 176.

isto é, produto da vontade dos indivíduos. Tal só é possível mediante a configuração de um “tipo particular de vontade”, que seja forte o suficiente para instituir um poder soberano comum e, ao mesmo tempo, ser absorvida por este mesmo poder, a ponto de tal vontade nunca ser oposta a ele, porquanto isso colocaria em risco aquela lei fundamental que prescreve a necessidade de preservar a integridade de todos os poderes inerentes à soberania.¹³¹

De acordo com Hobbes, a instituição de um poder dessa natureza só é possível se cada indivíduo, atendendo ao que determina a segunda lei da natureza acima referida, conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as suas diversas vontades a uma só vontade. Isso significa “designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se como autor de todos os atos que aquele que representa a sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comum”.¹³²

Dessa forma, todos submetem a sua vontade e as suas decisões à vontade e à decisão do representante. Todavia, para Hobbes, isso não significa um mero ato de consentimento ou de concórdia, mas a unidade de todos os homens numa mesma e única pessoa, obtida por meio de um pacto, cujo conteúdo poderia ser, assim, enunciado: “*cedo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações*”.¹³³ Feito dessa maneira, diz o filósofo, aquilo que antes era considerado uma multidão de indivíduos ganha unidade formando uma só pessoa a que se chama Estado.¹³⁴

De acordo com Fioravanti, aqui Hobbes lança mão de dois dispositivos teóricos que lhe permitem sair do dilema em que se encontra. O primeiro deles é a autorização, a qual indica o momento em que os indivíduos, em situação de igualdade no estado de natureza, em que todos detêm direitos sobre tudo, decidem, para superar aquela situação de perigo, instituir um poder soberano comum. A vontade de instituir tal poder não significa a vontade de um sujeito unitário; no estado de natureza hobbesiano não existe a ideia de povo ou sociedade

¹³¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 79.

¹³² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 146.

¹³³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 146.

¹³⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p.146.

civil, entendido como um sujeito coletivo; o que existe é uma multidão de indivíduos isolados e dispersos os quais, individualmente, reconhecem e autorizam à pessoa do soberano.¹³⁵

Com efeito, isso produz como consequência o fato de que, depois de instituída a sociedade política, nenhum sujeito coletivo possa opor ao soberano a sua vontade originária, uma vez que tal sujeito e tal vontade não existiam antes. Por sua vez, os indivíduos singularmente considerados também não podem fazê-lo, posto que, se assim agissem, estariam violando não apenas aquela lei fundamental que prescreve a necessidade de assegurar a integridade dos poderes inerentes à soberania, mas também o compromisso firmado entre si que os levou, de forma originária e simultânea, a reconhecerem os poderes do soberano.¹³⁶

Por outro lado, ainda de acordo com Fioravanti, como decorrência da autorização, tem-se a representação. É somente por meio dela que os indivíduos de transmutam em povo, superando a condição inicial de simples multidão.¹³⁷ Logo, opor-se ao soberano significa debilitar sua capacidade de representar o ordenamento político do qual os indivíduos fazem parte, o que, de resto, significaria autocondenar-se a retornar à condição de multidão, na qual se encontra o germe da guerra civil. Em virtude de tal risco, os indivíduos prefeririam manter-se sob a proteção do soberano a opor-lhe algum tipo de resistência.¹³⁸ É, pois, dessa forma, que Hobbes supera o dilema antes referido: o poder soberano se origina artificialmente da

¹³⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 80.

¹³⁶ Para Hobbes, uma vez que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas pelos membros da multidão entre si, e não entre estes e o soberano, não pode correr quebra do pacto por parte dele, soberano. Logo, nenhum dos súditos pode, alegando transgressão daquele, livrar-se da sujeição. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 150)

¹³⁷ “Uma multidão de homens”, diz Hobbes, “é transformada em uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja una. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a unidade de uma multidão”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 139)

¹³⁸ Ao tratar da representação, Hobbes distinguiu entre atos do autor e atos do ator. Nesse sentido, os atos praticados pelo representante, na qualidade de ator, devem ser considerados como se praticados pelos próprios indivíduos representados, os quais, em virtude disso, não podem se opor ao soberano. Diz Hobbes: “Dado que o súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer dos seus súditos, e que nem um deles o pode acusar de injustiça. Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo. Por esta instituição de um Estado, cada indivíduo é autor de tudo quanto o soberano fizer, por consequência aquele que se queixar de uma injúria feita pelo seu soberano estar-se-á queixando daquilo de que ele próprio é autor, portanto, não deve acusar ninguém a não ser a si próprio”. E acrescenta: “cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano, de modo que a este nunca falta o direito seja ao que for”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 151-152, 177)

vontade dos indivíduos e, ao mesmo tempo, se mantém a salvo de toda e qualquer forma de oposição.¹³⁹

Daí, para além do fundamento jusnaturalista e contratualista, a configuração do Estado absolutista no pensamento hobbesiano: “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”.¹⁴⁰ Dita configuração assenta exatamente na sua concepção de soberania: “aquele que é portador dessa pessoa chama-se *soberano*, e dele se diz que possui poder *soberano*”.¹⁴¹

Cabe destacar, ainda, que, em Hobbes, os poderes inerentes à soberania são os mesmos preconizados por Bodin: declarar guerra e estabelecer a paz, judicatura, designar funcionários; instituir tributos, elaborar e revogar leis, além de uma espécie de poder geral “de fazer o que considerar necessário para o bem público”.¹⁴² Por evidente, o que mais de perto interessa para os fins da presente investigação é o poder de elaborar leis. A respeito dele Hobbes é enfático ao afirmar o monopólio da produção legislativa em um duplo aspecto: um positivo e outro negativo. No primeiro, centraliza a produção normativa no Estado, resolvendo, assim, o problema do policentrismo antes referido; no segundo, exclui a possibilidade de criação jurisdicional do direito, não apenas instituindo a figura do legislador, mas também afirmando a sua onipotência.

¹³⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 80-81.

¹⁴⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p.146. Explica Kaufmann que, nesse sentido, “o direito é, no fundo, um produto do medo; nesta constatação funda-se também a autoridade do Estado”. Sendo assim, “a melhor constituição é aquela que garantir, com maior segurança, o cumprimento dos mandamentos do direito natural; por isso, o Estado tem o poder ilimitado sobre os cidadãos, para conter as forças destrutivas destes; só no fato de o conseguir reside a sua legitimação”. Para Kalfmann, portanto, Hobbes não está pensando na tirania e na ditadura: “se o Estado não conseguir proteger os cidadãos, acaba o seu direito à obediência destes”. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 87)

¹⁴¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p.146. Para Hobbes, o poder soberano deve ser absoluto em todos os Estados: “os mandamentos daqueles que têm o direito de mandar não devem ser censurados nem discutidos pelos seus súditos. De modo que aparece bem claro ao meu entendimento, tanto a partir da razão como das escrituras, que o poder soberano, que reside quer num homem, como numa monarquia, quer numa assembleia, como nos Estados populares, e aristocráticos, é o maior que é possível imaginar que os homens possam criar. E, embora seja possível imaginar muitas más consequências de um poder tão ilimitado, a pesar disso, as consequências da falta dele, isto é, a guerra perpétua, de todos os homens contra seus vizinhos, são muito piores” (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 173)

¹⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 120, 218, 232,

Com efeito, assevera Hobbes que, em todos os Estados, sejam eles monárquicos, democráticos ou aristocráticos, o soberano é o único legislador: “o legislador é aquele que faz a lei; só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis; portanto, o Estado é o único legislador”. Hobbes também elimina qualquer possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade. Reafirmando a centralidade da produção normativa, insiste o filósofo inglês que, no Estado, a capacidade de elaborar leis é outorgada somente ao representante, que é o soberano. Pela mesma razão, diz ele, “ninguém pode revogar uma lei já feita a não ser o soberano, porque uma lei só pode ser revogada por outra lei, que proíba a sua execução”.¹⁴³

Por outro lado, partindo já do pressuposto segundo o qual a lei, seja ela escrita ou não, retira sua força e autoridade da vontade do Estado, Hobbes passa a questionar o papel dos juristas e dos juízes enquanto criadores do direito.¹⁴⁴ Percebe-se aqui, uma nítida preocupação do filósofo em evitar o particularismo da lei. Para ele, existe um consenso entre os juristas no que se refere à impossibilidade de admitir leis que sejam contrárias à razão. No entanto, no dizer do nosso autor, remanesce a dúvida no tocante àquele “cuja razão deve ser aceita como lei”.¹⁴⁵ Aqui, é Hobbes que não deixa dúvida: “não pode tratar-se de nenhuma razão privada, porque nesse caso haveria tantas contradições nas leis como as há nas Escolas; tampouco de uma *perfeição artificial da razão, obtida através de muito estudo, observação e experiência*”.¹⁴⁶

Para Hobbes, é possível que muito estudo apenas favoreça a produção de sentenças errôneas, as quais, construídas sobre falsos fundamentos seriam, ainda, mais nocivas.¹⁴⁷ Além disso, o autor chama a atenção para os riscos de contradição, afirmando que “as razões e resoluções dos que estudam e observam com igual diligência e durante tempo igual são e

¹⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 218.

¹⁴⁴ Dado que todas as leis, escritas ou não, recebem sua força e autoridade da vontade do Estado, quer dizer, da vontade do representante, que numa monarquia é o monarca, e nos outros Estados é a assembleia soberana, há um lugar para perguntar de onde derivam aquelas opiniões que se encontram nos livros de eminentes juristas dos vários Estados, segundo as quais o poder legislativo depende, diretamente ou por consequência, de indivíduos particulares ou juízes subordinados. (HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 218)

¹⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 220.

¹⁴⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 220.

¹⁴⁷ Não se pode esquecer que Hobbes escrevia no contexto da *common law*, no qual os juizes criavam direito por meio de precedentes.

sempre serão discordantes”.¹⁴⁸ A partir dessas premissas, Hobbes constrói a máxima que marca a passagem do direito não estatal pré-moderno ao direito estatal moderno: “o que faz a lei não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens”.¹⁴⁹ Ou, simplesmente, *auctoritas non veritas facit legem*.¹⁵⁰

Com isso, Hobbes afirma, em termos definitivos, a monopolização da produção jurídica na figura do Estado, o dogma da onipotência do legislador e a primazia da lei como fonte do direito. Ademais, decreta o fim do jusnaturalismo e o nascimento do positivismo jurídico.¹⁵¹ Com efeito, tem-se como pertinente, mais uma vez, a síntese extraída de Norberto Bobbio, para quem Hobbes foi o teórico do poder absoluto e também o primeiro a teorizar acerca do Estado moderno. Ao fazê-lo, afirmou o poder exclusivo do soberano de pôr o direito e, considerando esse fato indispensável para assegurar o poder do Estado, opõe-se a tudo o que possa significar limites ao poder do próprio Estado. Por tudo isso, Hobbes pode ser considerado o “precursor do positivismo jurídico”, muito embora se trate de um filósofo jusnaturalista.¹⁵²

¹⁴⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 220-221.

¹⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 221.

¹⁵⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 87.

¹⁵¹ A conclusão dessa formulação teórica é a monopolização do poder coercitivo na figura do Estado, e a correspondente monopolização da produção normativa na mesma instituição, ambas caracterizando, a um só tempo, a superação do jusnaturalismo e o surgimento do positivismo jurídico, contexto no qual a função legiferante passa a ser considerada a principal finalidade da organização política: “De fato, por um lado, o Estado possui o poder de pôr normas regulamentadoras das relações sociais porque surgiu para essa finalidade; por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças à coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa de ter valor o direito natural e o único direito que vale é o civil, ou do Estado”. Segundo Bobbio, a definição de direito formulada por Hobbes é típica da concepção positivista: “Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”. No dizer do autor, disso decorrem duas características do positivismo jurídico: a) o formalismo, assim entendida aquela concepção de direito que não faz referência nem a conteúdo, nem à sua finalidade; b) o imperialismo, consistente no entendimento do direito como um “conjunto de normas com as quais o soberano ordena e proíbe dados comportamentos aos súditos”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 35-37)

¹⁵² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 34. Essa conclusão de Bobbio vem expressa em Hobbes nos seguintes termos: “A lei da natureza e a lei civil contêm uma à outra e são de idêntica extensão. Porque as leis de natureza, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza não são propriamente leis, mas qualidades que predisõem os homens para a paz e a obediência. Só depois de instituído o Estado elas efetivamente se tornam leis, nunca antes, pois passam então a ser ordens do Estado, portanto, também leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecer-lhes. Porque para declarar, nas dissensões entre particulares, o que é equidade, o que justiça e o que é virtude moral, e torná-las obrigatórias, são necessárias as ordens do poder soberano, e punições estabelecidas para quem as infringir, ordenações estas que, portanto, fazem parte da lei civil. Portanto, a lei da

O dogma da onipotência do legislador e a consequente primazia da lei como fonte do direito, não se restringiram ao Estado absolutista teorizado por Hobbes. De acordo com Norberto Bobbio, a passagem da concepção absolutista para a concepção liberal, ao contrário do que se possa imaginar, não implicou uma ruptura, ou mesmo um conflito drástico entre as duas concepções: “a concepção liberal acolheu a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz; as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por esse dogma, não são produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado”.¹⁵³

Com efeito, o dogma da onipotência do legislador desenvolveu-se em dois momentos e com finalidades distintas: no paradigma absolutista, pretendia eliminar os poderes intermediários por meio da atribuição de pleno e ilimitado poder ao legislador, com a subordinação do juiz àquele; no paradigma liberal, postulava-se que a eliminação de ditos poderes intermediários implicava uma garantia dos cidadãos contra arbitrariedades desses mesmos poderes. Consoante explica Bobbio, no paradigma liberal entendia-se que, “a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-as do seu próprio senso de equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos enquanto o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário”.¹⁵⁴

natureza faz parte da lei civil, em todos os Estados do mundo”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010. p. 219) Contudo, a origem remota do positivismo jurídico pode ser encontrada no nominalismo. Trata-se da doutrina segundo a qual só existe o individual, o singular e não o geral. Com origem na Antiguidade, dita doutrina foi fortemente discutida no fim da escolástica, tendo como um dos seus principais representantes Guilherme de Ockham. Em debate com o pensamento tomista sobre a “questão dos universais”, o filósofo e teólogo franciscano afirma que não pode haver uma lei natural geral de fato existente; mesmo nas ciências naturais, aquilo comumente referido como “leis naturais” não passa de meras “generalizações científicas”. Para o nominalismo, portanto, “só existe espaço para uma doutrina do direito natural subjetivista” ou idealista: o direito natural não poderia ser considerado como algo dado ou preestabelecido, senão como um mero produto da teoria. Sendo assim, o direito natural estaria irremediavelmente situado num plano inferior ao direito positivo, isto é, ao direito legislado, não podendo este submeter-se àquele. Nesse sentido, o nominalismo poder ser considerado precursor do positivismo jurídico, assim entendido “a doutrina da soberania exclusiva das leis positivas”. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 81. No mesmo sentido: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 292-297)

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38. Evidentemente o autor está a referir-se à dimensão política do liberalismo e não à dimensão econômica, que também está abrangida no modelo de Estado absolutista teorizado por Hobbes. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 17)

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38.

Por outro lado, se no paradigma liberal a onipotência do legislador atuava como garantia dos cidadãos conta o arbítrio do juiz, restava em aberto a questão do limite ao poder do próprio legislador, porquanto as arbitrariedades deste seriam mais graves e perigosas do que as do juiz, já que as decisões deste último apenas têm incidência sobre as partes, enquanto eventuais decisões arbitrárias daquele afetariam toda a sociedade. Para dirimir essa questão, diz Bobbio, o pensamento liberal lançou mão de duas categorias constitucionais: a separação de poderes e a representação política. Por meio da primeira, o poder legislativo se deslocou do executivo, representado na pessoa do príncipe, para um órgão colegiado, ficando o governo subordinado à lei; por meio da representação política, o poder legislativo deixou de ser a expressão de uma oligarquia e passou a expressar a nação na sua totalidade, considerando-se, assim, o poder exercido por todo o povo, ainda que não de forma direta. Desse modo, o poder já não seria arbitrário, mas exercido em favor do próprio povo.¹⁵⁵

A técnica da representação política conferia o caráter democrático ao Estado liberal, uma vez adotada a fórmula rousseauiana da vontade geral.¹⁵⁶ Esta fórmula, no entanto,

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38.

¹⁵⁶ Convém deixar claro que Rousseau era contrário a representação política: “não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo, os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em pessoa não ratifica. O povo inglês julga-se livre, e muito se engana: só o é durante a eleição dos membros do parlamento, finda a qual, hei-lo na escravidão, hei-lo nada”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 91-93) Não obstante Rousseau manifestasse certa preferência pela democracia direta, ainda que enquanto modelo ideal, o mesmo não adotou em relação a ela uma posição utópica, porquanto sabia que para a sua consecução seriam necessárias determinadas condições que a tornava impraticável nas sociedades modernas. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 53; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 42-43; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p. 73) O filósofo genebrino chegou a afirmar que rigorosamente nunca existiu, nem nunca existirá uma verdadeira democracia, porquanto seria “contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado”. Para ele, seria difícil imaginar que o povo pudesse se reunir para cuidar dos negócios públicos, não sendo fácil tampouco estabelecer comissões para isso sem mudar a forma de administração: “na verdade, julgo assentar em princípio que quando as funções do governo estão divididas entre muitos tribunais, tarde ou cedo adquirem maior autoridade os menos numerosos, quando mais não fosse pela facilidade de expedir os negócios, que naturalmente os conduz a essa primazia”. Além disso, um governo democrático na sua forma pura, ou seja, um regime de democracia direta exigiria, para sua viabilidade: a) um Estado pequeno, em que fosse fácil reunir o povo e em que cada cidadão pudesse conhecer todos os demais; b) uma grande simplicidade no tocante aos costumes, inibindo, assim, um grande número de assuntos que dificultaria as discussões; c) um elevado nível de igualdade em relação às classes e às fortunas, sem o que restaria comprometida a igualdade nos direitos e na autoridade; d) pouco ou nenhum luxo, uma vez que este é consequência do excesso de riqueza ou a torna necessária. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 71). Ver também a respeito: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 53-54; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p. 73. Tais exigências levaram o filósofo a concluir não apenas pela impossibilidade, mas também pela sua inconveniência: “se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente; mas aos homens não convém tão perfeito governo”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques.

esclarece Bobbio, não difere da concepção absolutista no que diz respeito à limitação do poder político. A diferença consiste apenas em estabelecer um novo titular do poder soberano, qual seja: a nação, assim como o modo de exercício desse mesmo poder, que se dará por meio dos seus representantes.¹⁵⁷ De fato, também aqui no paradigma liberal democrático está presente o tema da soberania. Com efeito, recorda Fioravanti que, se em Bodin não ficara muito claro quem seria o sujeito titular da soberania, em Hobbes essa titularidade foi atribuída à pessoa do soberano, monarca ou assembleia, no centro da obra de Rousseau, diz ele, encontra-se o povo soberano.¹⁵⁸

No dizer do referido autor, Rousseau tinha motivos suficientes para sustentar a necessidade de uma presença permanente do povo soberano. Ele partia da ideia segundo a qual o único pacto possível e mesmo necessário era o celebrado entre os indivíduos que, através dele, davam vida ao corpo político, isto é, ao povo. Por meio do referido pacto, os indivíduos renunciavam a liberdade natural, adquirindo, em substituição, a liberdade civil, a qual consistia na garantia de que seriam governados por uma lei geral, produto da vontade do corpo soberano, afastada, por isso, de qualquer consideração de ordem pessoal ou particular.¹⁵⁹ Sendo assim, tornava-se indispensável a presença contínua do próprio povo soberano, a fim de garantir a integridade da lei civil, de modo a impedir que nela fossem reintroduzidos elementos de caráter pessoal ou particular, capazes de corromper o seu caráter geral.¹⁶⁰

Com efeito, Rousseau reivindicava a presença permanente do povo soberano precisamente com a finalidade de impedir que a lei, que havia posto fim ao domínio das relações de caráter pessoal ou particular, inaugurando, assim, o reino da igualdade, fugisse ao

Do contrato social: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 72) De tudo isso, já é possível inferir-se do autor uma tendência a admitir o princípio da representação política, ainda que submetido a determinados condicionamentos. De fato, de acordo com Pisarello, muitas das dificuldades listadas podiam ser compatibilizadas; no Projeto de Constituição para a Córcega, e nas suas considerações acerca do governo da Polônia, que acabaram por influenciar a Constituição polaca de 1791, ficou demonstrado que a representação é um mal necessário, especialmente nas sociedades complexas e territorialmente vastas, desde que mantido certo controle por meio de mecanismos que contavam com larga tradição no republicanismo democrático, como é o caso de mandatos curtos e, além disso, revogáveis. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p 73)

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 38-39.

¹⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011. p. 82.

¹⁵⁹ “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo que o tenta e pode atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui; [...] cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 35)

¹⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011. p. 83.

controle do próprio povo, conduzindo a um retrocesso que teria como consequência a sua destruição. Havia, assim, a preocupação com a necessidade de delimitar o espaço de atuação do governo que, não sendo considerado parte no contrato, era tido como ameaça constante tendente a abusar da autoridade e colocá-la a serviço de interesses pessoais: o governo que, por natureza, atua “contra a soberania”, fica permanentemente exposto ao risco de confundir-se com a vontade particular que, por sua vez, “obra sem trégua contra a vontade geral” deve estar fortemente limitado.¹⁶¹

Dita limitação só seria possível mediante a possibilidade de retomada, pelo povo, dos poderes que ele mesmo delegou aos governantes. Daí o entendimento segundo o qual não existe um limite externo capaz de conter o poder do povo soberano: “não existe, nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”.¹⁶² Assim, dito poder só poderia ser concebido como sendo originário e absoluto; daí porque Rousseau era contrário à representação política: “os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente”.¹⁶³ Com efeito, explica Fioravanti, que não é possível vislumbrar em Rousseau a constituição como um sistema de limites e garantias, uma vez que, para ele, a constituição está totalmente absorvida pela soberania.

Para Rousseau, diz Fioravanti, segue sendo verdadeiro aquilo que Hobbes havia afirmado anteriormente: “a única lei fundamental é a que obriga a preservar a integridade do poder soberano que, no pensamento de Rousseau, se manifesta, de forma clara, na ideia de lei geral e abstrata, em si produtora de liberdade”.¹⁶⁴ De fato, como se verá mais adiante, Rousseau apostava na virtuosidade do legislador, portador da vontade geral, por si só capaz de garantir os direitos dos cidadãos: “o poder supremo não tem obrigação alguma de garantia para com os súditos, porque é impossível querer o corpo prejudicar todos os membros”.¹⁶⁵

Disso decorre que, em Rousseau, a própria constituição ocupa um lugar bastante reduzido, atuando mais no plano do governo, isto é, do conjunto das instituições que se ocupam da execução da lei. Sendo assim, anota Fioravanti, quando Rousseau afirma que o

¹⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 83-84.

¹⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 33.

¹⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 92. Dizia Rousseau: “Não sendo a lei senão a mostra de vontade geral, é claro que no poder legislativo não pode o povo ser representado”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 92)

¹⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 84-85.

¹⁶⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 34.

legislador, “que constitui a república, não está compreendido na sua constituição”, deseja dizer que a constituição se ocupa somente dos poderes derivados e subordinados ao governo que o legislador funda e mantém sob seu domínio por meio da presença permanente do povo soberano, não podendo, pois, existir uma constituição que se ocupe do legislador soberano. Nesse sentido, o legislativo não pode ser concebido como um poder, mas como a vontade originária que consente acerca da existência dos poderes positivamente instituídos: desses últimos, e somente deles se ocupa a constituição.¹⁶⁶

Em suma, como se pode verificar, o dogma da onipotência do legislador, teorizado no contexto da concepção absolutista do Estado, uma vez assimilado pela concepção rousseauiana de vontade geral, promoveu a conexão entre positivismo jurídico e constitucionalismo, fato que terá grande repercussão no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, consoante se demonstrará a seguir. A principal consequência é a total ausência de limites ao poder político e, por conseguinte, de garantia dos direitos. Como bem lembra Fioravanti, a questão inerente à limitação do poder e à garantia dos direitos não pode escapar ao tema da soberania, o qual nasceu da crise da constituição mista medieval, cujos teorizadores não estavam dispostos a aceitar a ideia de contrapesos, não podendo olvidar-se, ademais, a peculiaridade de um poder exclusivo encarregado de elaborar leis, o qual acabou escapando, por completo, a qualquer mecanismo de controle.¹⁶⁷

2.7. Constitucionalismo contemporâneo: a constitucionalização do Estado e o redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional

Percorrido todo esse caminho, é possível, agora, responder à pergunta anteriormente formulada, no sentido de saber por que a ideia de Estado constitucional, mesmo compreendida, em termos conceituais, no contexto teórico do constitucionalismo moderno, está mais diretamente associada ao constitucionalismo contemporâneo: muito embora se tenha afirmado acima, com Norberto Bobbio, que o Estado liberal nasceu contrapondo a ideia de limitação do poder ao Estado absolutista, ou seja, não obstante se afirme que as revoluções burguesas do final do século XVIII tenham derrubado o absolutismo e dado lugar ao Estado

¹⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 85.

¹⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 81. Explica Norberto Bobbio, que Rousseau não exaltou o princípio da vontade geral a ponto de desconsiderar a necessidade de limitar o poder do Estado. Assim, não seria correto atribuir ao filósofo genebrino a paternidade de uma “democracia totalitária”. Com efeito, lembra Bobbio que, embora sustentando que o pacto social atribui ao corpo político um poder absoluto, o mesmo Rousseau afirmava que o corpo do povo não poderia sobrecarregar os súditos com nenhuma cadeia que fosse inútil à comunidade. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 9)

de direito, ou Estado constitucional, o certo é que, dito modelo de organização política nasceu com o constitucionalismo moderno conectado ao positivismo jurídico e ao dogma da onipotência do legislador, desprovido, portanto, de qualquer limite.

É importante ressaltar, a esse respeito, com Bolzan de Moraes, que a noção de Estado de direito não remete apenas à de um Estado jurídico, mas vai muito além de uma mera legalidade estatal, referendando algo que irá explicitar-se no seu conteúdo. Como dito acima, com o jurista gaúcho, “o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.¹⁶⁸

Dito de outro modo, embora a atuação do ente estatal se dê por meio da lei, a ideia de Estado de direito não pode ser confundida com a de Estado legal ou Estado legislativo, porquanto neste, “mesmo sendo a lei limite e condição da atividade administrativa, não há privilegiamento hierárquico da ordem jurídica, cristalizando-se uma supremacia parlamentar, sequer uma vinculação de conteúdos que lhe são inerentes”.¹⁶⁹ No entanto, em virtude da conexão entre constitucionalismo liberal e positivismo jurídico, evidenciada, especialmente, no dogma da onipotência do legislador, referido aqui mais de uma vez, afirma-se que foi esse o modelo institucional que vigorou durante todo o período que vai das revoluções burguesas do final do século XVIII até o início do segundo pós-guerra.¹⁷⁰

Com efeito, se já no Estado absolutista, como pondera Bobbio, por influência de Hobbes, vigorava uma concepção segundo o qual “direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras” o que eles podem e o que não podem fazer decorrendo daí duas das principais características do positivismo jurídico, quais sejam: o formalismo, assim entendida aquela concepção de direito que não faz referência nem a conteúdo, nem à sua finalidade, e o imperialismo, consistente no entendimento do direito como um conjunto de normas através

¹⁶⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do estado social aos direitos transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67-68.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92. Sobre a configuração do Estado legislativo, ver também: JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9-21; ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 21-33.

¹⁷⁰ “La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley que hemos hablado era el “positivismo jurídico” como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa”. (ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 33)

das quais o soberano ordena e proíbe determinados comportamentos aos súditos,¹⁷¹ dita concepção foi ainda mais ressaltada pelo normativismo kelseniano.

Como aduz Lenio Streck, Kelsen era um pessimista moral e como tal apostou num relativismo que afastou do direito qualquer consideração que dissesse respeito ao seu conteúdo.¹⁷² De fato, para Kelsen, qualquer conteúdo pode ser considerado direito. Tal decorre do fato da moral ser relativa, não existindo, pois, valores morais absolutos que sejam comuns a todas as pessoas em todo tempo e lugar. O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais e, evidentemente, ao direito, é o fato deles constituírem-se de normas sociais que estatuem condutas de homens em relação a outros homens: “o que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever ser, o caráter de norma”.¹⁷³

Segundo o jurista austríaco, seguindo essa toada, o que determina que uma conduta humana seja moralmente considerada boa ou má é o fato dela corresponder ou não ao que estabelece a norma que regulamenta aquela mesma conduta: “a afirmação de que o direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma social que estabelece, com o caráter de devida, uma determinada conduta humana”.¹⁷⁴

Na perspectiva relativista kelseniana, “todo direito tem caráter moral”. Todavia, isso não significa que deve haver uma preocupação com o conteúdo moral do direito, o que restaria sem solução em virtude do caráter relativo da moral. Para o autor, tal problema se resolveria apenas com a forma jurídica, ou seja, com a redução do direito a norma, sem considerações acerca do conteúdo dessa mesma norma. Assim, pontua Kelsen, “a questão das relações entre Direito e Moral não é uma questão sobre o conteúdo do direito, mas uma questão sobre a sua forma”.¹⁷⁵

A essa questão está conectada outra importante característica do normativismo kelseniano, qual seja a confusão entre vigência e validade. Para Kelsen, “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido por meio de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 37; DUARTE, Êcio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 88.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: da possibilidade à necessidade de resposta correta em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 418-419; *O que isto?: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64.

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73-74.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73-74.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73-74.

porque é criada por uma forma determinada”, ou seja, pela forma estabelecida por uma “norma fundamental pressuposta”.¹⁷⁶

Significa dizer que, para que uma norma jurídica seja válida, basta existir, ou seja, basta que sejam observados os requisitos formais exigidos para sua produção: a competência e o procedimento. Por outras palavras, é suficiente que sejam atendidos os requisitos de validade formal. De fato, para Kelsen, uma vez produzida de acordo com os requisitos formais exigidos numa norma de escalão superior, uma norma pode ser considerada existente e, em consequência, plenamente válida: “por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental”.¹⁷⁷

Como se pode perceber, em virtude do seu relativismo moral, Kelsen elabora um conceito de validade meramente formal ou procedimental, eliminando qualquer possibilidade de discussão acerca do conteúdo do direito. Com efeito, é o próprio Kelsen que desvincula a sua teoria da validade de quaisquer cogitações de natureza conteudísticas, afirmando a possibilidade de qualquer conteúdo ser admitido como direito. Nesse sentido, diz Kelsen: “não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”.¹⁷⁸

Assim, tendo o constitucionalismo liberal nascido abraçado ao positivismo jurídico, operando, no campo da produção do direito, por meio de um legislador onipotente no que se refere ao conteúdo das suas decisões políticas, a expressão: Estado de direito, que inicialmente assentava na ideia de limitação do poder, foi perdendo o significado de um Estado limitado, para caracterizar apenas um poder juridicamente organizado.¹⁷⁹ Como foi dito acima, não passou de um Estado meramente jurídico, ou Estado legislativo, sendo, portanto, o modelo característico do período compreendido entre o liberalismo clássico e o início do segundo pós-guerra.

Com efeito, afirma-se que, naquele modelo, em virtude da onipotência do legislador e da consequente afirmação do princípio da legalidade, verificou-se a substituição do absolutismo do monarca de outrora pelo poder absoluto da assembleia, decorrendo daí, a

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

¹⁷⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9-16; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 132-133.

redução do direito à lei à qual ficaram submetidas todas as demais fontes do direito.¹⁸⁰ Neste contexto, as constituições não passavam de meras cartas políticas destinadas a estabelecer a forma de organização do poder, sendo consideradas, portanto, meros documentos normativos formais de estabelecimento de competências e procedimentos, sem qualquer força normativa capaz de limitar o arbítrio do legislador. Essa situação acabou gerando um *déficit* de legitimidade do poder estatal e do direito, porquanto a lei não encontrava qualquer limite de ordem material.¹⁸¹

Nesse sentido, anota Paulo Bonavides que, naquele contexto, o direito regia-se fundamentalmente pelo dogma positivista e absoluto do princípio da legalidade, o qual colocava, até certo ponto, a lei acima da constituição, admitida esta como uma “mera plataforma programática”, todavia, sem a necessária força vinculante própria da regra de direito, sendo, por isso mesmo, “portadora de uma densidade normativa extremamente baixa, o que os positivistas só reconheciam, por subsidiária, quando faziam uso dos princípios de direito nas províncias juspositivistas da velha hermenêutica”.¹⁸² A superação desse modelo

¹⁸⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 53-54.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 472-473; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007. p. 17; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 599. De acordo com Julios-Campuzano, “pelo velho esquema do positivismo legalista, a constituição não era uma verdadeira norma jurídica que vinculava a todos os cidadãos e que regia todos os âmbitos da vida social, mas sim uma norma *sui generis* de alcance limitado, uma norma fundante da ordem jurídica, uma norma básica da ordem política, mas nada mais que isso: uma norma carente sem maiores pretensões que a de *constituir*, a de fundar, a ordem política sobre a qual repousa o sistema jurídico. Nas constituições oitocentistas estabelece-se, assim, uma dialética da complementaridade entre poder constituinte e democracia, que se traduz na sacralização da lei, cuja supremacia não se vê em nenhum momento ameaçada pela constituição, porque esta, ao fim e ao cabo, é somente uma lei de alcance restrito, acessível ao legislador, uma norma de mínimos, de caráter eminentemente formal, uma norma flexível cuja estabilidade está condicionada à vontade democrática da maioria que é, resumidamente, quem legisla. Por isso, porque o poder da maioria não pode ser reduzido a um ato fundante anterior, o poder constituinte não pode ficar enclausurado em uma norma suprema que corte a onipotência do legislador e a vigência efetiva do princípio democrático. A Constituição, por sua vez, fica nas mãos do legislador, submetida a um mutante jogo das maiorias e ao sempre instável equilíbrio das coalizões e dos interesses das partes. Desse modo, a constituição encontra dificuldades irrecuperáveis para sua materialização no ordenamento jurídico, já que a sua força normativa está profundamente condicionada pelo poder supremo do legislativo que representa a rousseauiana vontade geral que é, por si mesma, ilimitada. Esta idéia de poder constituinte, que não pretende se esgotar nos confins de um documento jurídico faz com que o constitucionalismo se transforme em legalismo, ao atribuir ao poder político de cada momento a faculdade de realizar ou de frustrar o que se reuniu na constituição: sua força normativa está irremediavelmente condenada à supremacia da lei, à onipotência do legislador e à eficácia mediata de seus conteúdos”. (JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16-17)

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 314. Conforme será explicitado adiante, tudo isso se passa no continente europeu-continental, onde, no dizer de Lenio Streck, *la propia noción de constitución no asume un lugar de destaque en el viejo continente, porque la misma trataba las relaciones públicas en pleno período de triunfo del privado. La relevancia estaba en el Código Civil y no en el texto constitucional. El Code era una especie de Constitución de las relaciones privadas*.

teria ocorrido apenas com a emergência das constituições rígidas, no segundo pós-guerra, dando origem, assim, a um fenômeno histórico designado como neoconstitucionalismo, pós-positivismo, ou simplesmente constitucionalismo contemporâneo.¹⁸³

Dito movimento estaria diretamente associado ao totalitarismo fascista, na Itália, e nazista, na Alemanha. Isso porque, os líderes desses movimentos políticos conquistaram o poder dentro de um quadro de legalidade então vigente e, em nome da lei, promoveram a barbárie que foi a segunda grande guerra. Os principais acusados por crimes de guerra perante o Tribunal de Nuremberg invocaram, em sua defesa, o cumprimento da lei e a obediência às ordens emanadas da autoridade competente.¹⁸⁴ Com efeito, fora imputada à perspectiva teórico-formalista, ou simplesmente ao juspositivismo a responsabilidade pelo autoritarismo, acusando-o de legitimar aqueles acontecimentos, já que a forma jurídica podia abrigar qualquer conteúdo normativo.

O principal corifeu desses argumentos fora Gustav Radbruch que, logo no início do pós-guerra, afirmara que “esta concepção de lei e a sua validade, a que chamamos positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”.¹⁸⁵ Radbruch, que além de importante jurista alemão antes da guerra era, também, um defensor do positivismo jurídico, em contraposição ao jusnaturalismo, e afirmava que para manter a ordem e a segurança jurídicas justificava-se a tese juspositivista que sustentava que qualquer conteúdo poderia ser direito, passou a defender a possibilidade de se negar aplicabilidade a uma lei considerada injusta.¹⁸⁶

(STRECK, Lenio Luiz. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, p. 241-270, 2005. p. 246)

¹⁸³ Conforme Luis Prieto Sanchís, o neoconstitucionalismo tem propiciado o surgimento de uma teoria do direito em muitos aspectos distinta e até contraditória em relação ao positivismo que serviu de marco conceitual para o Estado de direito do século XIX. (SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONNEL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madria: Trotta, 2007. p. 213)

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 111; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *passim*; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 106; BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 290; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 133. Diziam os acusados: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei, é a lei”. (MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coords.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 106)

¹⁸⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. v. II. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961. p. 211.

¹⁸⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. v. II. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961. p. 213.

A partir daí, desenvolveu-se um argumento que ficou conhecido como *reductio ad Hitlerum*.¹⁸⁷ Por meio dele passou-se a defender que não seria mais possível conceber um ordenamento jurídico indiferente a valores, com a primazia da lei, enquanto fonte do direito, constituindo uma estrutura meramente formal. Com efeito, o Estado e o direito deveriam apresentar um conteúdo substancial, capaz de atuar como limite à atividade do legislador.¹⁸⁸ A *reductio ad Hitlerum* está longe de ser unanimidade.¹⁸⁹ No entanto, parece não haver dúvidas de que foi o holocausto o grande responsável pelo surgimento das constituições rígidas no segundo pós-guerra. Nesse sentido, afirma Campuzano, que o século passado foi testemunha de catástrofes colossais e cataclismas, os quais produziram modificações nas bases da civilização, “emocionada pelo impressionante cenário de ódio e de guerra, de destruição e morte que o funesto apogeu fascista desencadeou”.¹⁹⁰

Segundo ele, não foi produto do acaso a reação experimentada pelo pensamento e pela cultura europeia após o fatal desastre. Para o jurista espanhol, não seria adequado nem condizente com a verdade atribuir as transformações operadas no Estado de direito no período que sucedeu imediatamente a segunda guerra mundial a “uma causal coincidência cronológica”, considerando-as produto de uma eventualidade meramente conjuntural: “não se pode julgar causal que, justamente depois da catástrofe, constata-se a insuficiência institucional e jurídica do modelo baseado no Estado de direito, e se passe a adquirir consciência de sua extraordinária fragilidade para promover instrumentos teóricos aptos a

¹⁸⁷ MATOS, Andityas Soares de Moura Coista. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 107.

¹⁸⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 290. Kaufmann defende a necessidade de limites não apenas ao legislador, mas também ao juiz: “após o terrível abuso do direito causado pelo pensamento positivista extremo do nosso século, é agora nossa missão descobrir algo de *indisponível*, que coloque a arbitrariedade na disposição e interpretação do direito dentro de limites”. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 31)

¹⁸⁹ Explica A. Santos Justos, que com a ideia existente no pensamento jurídico contemporâneo de “um eterno retorno” tanto ao jusnaturalismo quanto ao positivismo jurídico, “o célebre argumento *reductio ad Hitlerum*, que vê nas atrocidades do nazismo uma consequência da neutralidade positivista dos juristas, incapazes de reagir ao princípio *dura lex, sed lex*, perde o vigor”. Recorda, entretanto, que foi principalmente na Itália, que inúmeros positivistas se disseram vítima do fascismo, sustentando que as disposições mais iníquas não podiam ser consideradas leis, mas sim decisões de funcionários desprovidas da mais elementar forma jurídica, reafirmando, destarte, que foi exatamente o princípio segundo o qual “lei é lei” que impediu a sua execução, sem se darem conta, todavia, que tais decisões poderiam perfeitamente ter sido revestidas da forma jurídica. (JUSTOS, A. Santos. *Introdução do estudo do direito*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 127) Sobre uma importante crítica contra a *reductio ad Hitlerum*: MATOS, Andityas Soares de Moura Coista. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. 104-127; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 257-264.

¹⁹⁰ JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9.

combater os efeitos demolidores do formalismo jurídico sobre a estrutura do Estado de direito”.¹⁹¹

Em outras palavras, em virtude do flagelo provocado pela segunda grande guerra, o constitucionalismo da segunda metade do século XX, ou seja, a emergência das constituições rígidas significou a superação do Estado legislativo, ocorrendo, em consequência, o que se pode denominar de constitucionalização do Estado, surgindo, daí, a expressão ainda não recorrente “Estado constitucional”, cuja característica mais relevante foi o reconhecimento de força normativa à constituição.¹⁹² Com reconhecimento do seu caráter normativo, as constituições passaram a constituir um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível: “O “velho” direito não tinha condições de atender as demandas de um mundo traumatizado por duas Grandes Guerras. Eis aí o nascimento do novo paradigma”.¹⁹³

Com efeito, restou superada a fraca juridicidade da constituição, própria do modelo liberal clássico, estando, agora, suas normas situadas em um plano superior aos poderes estatais e fora do campo de atuação do poder político, não podendo o legislador dispor do seu conteúdo. Dito de outra forma, com essa nova configuração, isto é, com a constitucionalização do Estado, tem-se por afirmado o caráter plenamente normativo das constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e sua produção normativa, ficando a lei vinculada a uma instância jurídica superior.¹⁹⁴

Nesse sentido, anota Cademartori, que o constitucionalismo do segundo pós-guerra representa uma tentativa de superar a debilidade estrutural no âmbito do direito, pela afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da constituição, pela sua rigidez e pela qualificação de determinados referentes jurídicos, que são os direitos fundamentais,

¹⁹¹ JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9.

¹⁹² Konrad Hesse é o autor geralmente lembrado quando se trata da afirmação da força normativa da constituição no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, especialmente para a corrente referida como neoconstitucionalismo. Em debate com Lassalle, Hesse opõe a força normativa da constituição à ideia de constituição como mera folha de papel, ou seja, como resultado dos fatores reais de poder. Para Konrad Hesse, não obstante a constituição não esteja totalmente desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, ela não está de todo condicionada por esta realidade: “em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca; ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 25) Todavia, não se trata, propriamente, de uma ideia original, porquanto já estava presente no âmbito do constitucionalismo americano desde o seu surgimento, no final do século XVIII, consoante demonstrado no capítulo seguinte.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 207.

¹⁹⁴ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007. p. 15 *et seq*; DALARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316-318.

signos de todo esse processo. Assim, o modelo constitucional de Estado cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político, cuja forma fica submetida ao direito, à democracia e ao âmbito de exclusão determinado pelos direitos fundamentais.¹⁹⁵

Partindo dessa ordem de considerações, é possível afirmar que a constitucionalização do Estado, ocorrida no contexto do constitucionalismo do segundo pós-guerra, conduziu a um redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional, que pode ser, assim, resumido: a) no tocante à estrutura normativa, em virtude do princípio da supremacia da constituição, a lei passou a constituir um plano de normatividade inferior, ficando, agora, submetida a um juízo de validade material em relação à constituição; no plano institucional, a supremacia do parlamento cedeu espaço ao Poder Judiciário, instituição encarregada de garantir o conteúdo substancial da constituição, isto é, os direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade.¹⁹⁶

Nessa perspectiva, é possível fixar alguns traços característicos do Estado constitucional, importantes para os limites da presente investigação: a) a força normativa dos princípios constitucionais; b) a supremacia da constituição; c) a rigidez constitucional; d) o conseqüente caráter contramajoritário dos direitos fundamentais; e) a conseqüente submissão do poder político ao direito; e) a constitucionalização da jurisdição, isto é, a consagração do

¹⁹⁵ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007. p. 20. Conforme Julios-Campuzano “o caráter rígido da Constituição não faz senão reforçar sua normatividade e proteger a dimensão substantiva que o novo constitucionalismo integra no seu texto, mediante princípios e disposições programáticas que indicam a direção política a seguir, incorporando critérios axiológicos substantivos de legitimidade constitucional. Não se pode interpretar como um fenômeno puramente circunstancial, precisamente, porque o advento das constituições rígidas produziu-se depois dos execráveis episódios e das desastrosas hecatombes que viveu a Europa no século passado. A formalização científica do direito positivo e a depuração de toda sorte de conteúdos de vocação jusnaturalista; a retificação positivista da lei; sua exaltação como fonte hegemônica do direito e o deslocamento da constituição como elemento meramente dispositivo, privado de força normativa direta, desprovido de garantias, aberto a sucessivas reformas, expressão de um poder constituinte continuamente atuante, provocaram uma sensação de preocupação e angústia. Fazia-se necessário, de alguma forma, restabelecer o nexo de união entre o direito positivo e o mundo dos valores, para superar o positivo vulgar do legalismo extremo; seu culto à forma e a exaltação do procedimento; a arrogância sufocante de uma ciência contaminada de tanta pureza, para inocular valores no âmbito dessa juridicidade exclusiva do estado, um direito acusado inexoravelmente por aquela presunção tautológica de legitimidade postulada pelo positivismo ideológico”. (JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37) Nessa mesma toada, pontua Bonavides que, apartado da legitimidade, perdida ou erodida com a queda dos valores clássicos da “velha corrente liberal associada ao privilégio” representado pela exclusão burguesa, o princípio da legalidade chegou ao termo de sua hegemonia, cedendo espaço numa dimensão menos formal e mais material a outro de grau superlativo e categórico, a saber, o princípio da constitucionalidade. Esse novo princípio expandiu-se na doutrina e acabou por incorporar “elementos e conteúdos e legitimação” do mais elevado teor axiológico, fundando, assim, o direito contemporâneo a partir da “supremacia inarredável dos princípios constitucionais”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 315)

¹⁹⁶ Adiante-se que, conforme será demonstrado e reafirmado no decorrer do presente estudo, isso não significou, em hipótese alguma, uma transferência de competência do legislativo para o judiciário e, muito menos, que a onipotência do legislador tenha sido substituída pela onipotência dos juizes.

controle de constitucionalidade como “instrumento fundamental para assegurar a superioridade e eficácia plena dos preceitos constitucionais”.¹⁹⁷ Não se olvide, ademais, que também os textos constitucionais do segundo pós-guerra contemplam a regra da separação de poderes, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, a qual foi teorizada desde o início como uma técnica destinada à garantia dos direitos fundamentais.

Eis, pois, o quadro institucional que se descortina com o constitucionalismo contemporâneo e que o caracteriza efetivamente como uma “técnica de limitação de poder com fins de garantia”, porquanto, além de limitar o poder, por meio dos direitos fundamentais, protegidos pela força normativa e pelo caráter contramajoritário decorrente da supramacia e da rigidez constitucionais, reforça esse limite por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade. Como aduz García-Pelayo, o mais importante de todas essas transformações é a submissão dos órgãos estatais e dos poderes públicos em geral a uma jurisdição constitucional, que retira do Estado de direito o caráter de um mero Estado legislativo, e lhe atribui a qualidade de um Estado constitucional.¹⁹⁸

Tudo que foi dito até aqui, porém, não é suficiente para uma adequada compreensão do constitucionalismo moderno que, por sua vez, é condição de possibilidade para uma compreensão adequada do constitucionalismo contemporâneo. Para isso, há que se empreender uma análise do constitucionalismo moderno a partir de três grandes e diferentes modelos de constituição. Além do mais, convém sublinhar que, somente a partir de uma adequada compreensão do constitucionalismo contemporâneo, que tem como pressuposto insuperável uma adequada compreensão do constitucionalismo moderno, é possível a

¹⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331. São variadas as tentativas de caracterização do constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, podendo ser encontrado nos autores, dentre outros, os seguintes traços característicos: a) supremacia da constituição; b) subordinação do legislador a conteúdos de justiça estabelecidos na constituição, deixando a constituição de ser um documento político de organização do poder, passando a estabelecer um vínculo substancial no que se refere à produção do direito, ou seja, opera-se a distinção entre vigência e validade; c) rigidez constitucional; d) garantia da constituição; e) a irradiação de princípios por todo ordenamento jurídico; f) aplicação direta da constituição, inclusive às relações privadas; d) dever de obediência direta não só por parte do Estado, mas também dos cidadãos. (DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 87, 191; SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 112-117; JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30-39; GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 49-73; PAZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 191)

¹⁹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 77-79.

definição de um marco teórico que se considera capaz de sustentar a hipótese apresentada para a presente investigação. É o que se fará no capítulo seguinte.

3. A AMBIVALÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A AMEAÇA NEOCONSTITUCIONALISTA À FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

3.1. Sobre o caráter ambivalente do constitucionalismo moderno

Em regra, os autores se referem ao constitucionalismo moderno como se o seu desenvolvimento tivesse ocorrido historicamente de forma linear. Horst Dippel, por exemplo, afirma que o constitucionalismo moderno surgiu no século XVIII, sendo as revoluções, americana e francesa os acontecimentos históricos que determinaram o seu aparecimento, marcando, assim, um novo conceito nas práticas constitucionais. Segundo ele, o resultado desse movimento, passados mais de dois séculos, foi a adoção de constituições escritas por todos os países do mundo, à exceção do Reino Unido, Nova Zelândia e Israel.¹⁹⁹

Há quem sustente que “o constitucionalismo moderno se afirmou com as revoluções burguesas na Inglaterra, em 1688, nos Estados Unidos, em 1776 e na França, em 1789”, encontrando-se o embrião desse movimento já na Magna Carta, de 1215, que, ainda que não possa ser considerada a primeira constituição moderna, nela já se encontravam presentes os elementos essenciais do constitucionalismo: a limitação do poder e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.²⁰⁰

Afirma-se, ainda, que o constitucionalismo moderno teve como antecedente a Revolução Gloriosa, de 1688-1689; que, não obstante os ingleses nunca tenham elaborado uma constituição escrita, da qual constassem aquelas que são consideradas as ideias força do constitucionalismo, sempre mantiveram o seu espírito. Porém, o constitucionalismo significou a regulação jurídica do poder político, com sua limitação através das Declarações de direitos que se estendem desde o final do século XVIII, sobretudo como consequência das revoluções liberais, americana e francesa: a origem propriamente dita do constitucionalismo moderno e suas principais ideias, cuja influência se estende do início do século XIX até nossos dias é a

¹⁹⁹ DIPPEL, Horst. História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 1.

²⁰⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Uma construção histórica para a interpretação constitucional. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 232. É de se notar, conforme o que se vem sustendo desde o início, que a declaração de direitos deve ser ela mesma considerada como técnica de limitação do poder político.

Declaração de Virgínia, de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.²⁰¹

Existe também uma tendência em afirmar a primazia da Revolução francesa no tocante à universalização das principais ideias que conformam o conceito de constitucionalismo moderno. Nesse sentido, afirma Horst Dippel, que os princípios consagrados na Declaração dos Direitos de Virgínia, destacadamente a regra da separação de poderes e a ideia de governo constitucional e limitado são constitutivos do constitucionalismo moderno. Todavia, diz ele, esses princípios somente adquiriram uma dimensão global em virtude de terem sido recepcionados em França e proclamados no artigo 16 da Declaração de 1789, quando se fez constar, pela primeira vez, num documento constitucional, a teoria contida naquele dispositivo.²⁰²

No referido documento ficou consignado que só é possível falar em constituição, no sentido que lhe atribui o constitucionalismo moderno, se observados, no seu texto, determinados requisitos distintivos de outras formas de constitucionalismo: a nova linguagem desenvolvida pelos americanos, exurgida no seio de um processo revolucionário e ratificada pela prática e pela experiência políticas, “foi elevada ao nível de um axioma da teoria constitucional pelo art. 16 da Declaração francesa de 1789, dando origem a uma fundamentação do constitucionalismo moderno” até então inexistente.²⁰³

Nessa mesma linha, anota Bonavides que, não obstante a importância da *Bill of Rights* britânico, de 1689, da Declaração dos Direitos de Virgínia e de outros documentos do gênero, o grande referencial histórico que marcou o surgimento do Estado de direito com o constitucionalismo moderno foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que emergiu com a Revolução francesa, haja vista que pretenderam os seus idealizadores, ainda que em tese, imprimir-lhe um caráter universal.²⁰⁴ De fato, somente em tese é possível deduzir que o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o constitucionalismo

²⁰¹ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 269, 276.

²⁰² Art. 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.

²⁰³ DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 9-15

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30. No mesmo sentido: VOVELLE, Michel. *A revolução francesa explicada à minha neta*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007. p. 42-43. “Escreveram os ingleses a Magna Carta, o *Bill of Rights*, o *Instrument of Government*; os americanos, as Cartas Coloniais, e o Pacto Federativo da Filadélfia, mas só os franceses, ao lavrarem a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, procederam como havia procedido o apóstolo Paulo com o Cristianismo. Dilatarem as fronteiras da nova fé política. De tal sorte que o governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser o apanágio de cada ente humano; em Roma, universalizou-se uma religião; em Paris, uma ideologia. O homem-cidadão sucedia o homem-súdito”. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30)

francês, ou apenas os dois últimos, guardam entre si igual identidade de princípios que se tornaram universais por meio da Declaração francesa. Uma compreensão inadequada de tal circunstância pode inclusive conduzir a equívocos de ordem doutrinária.

Assim, parece merecer reparo afirmações como a de Bonavides que, reportando-se à Revolução francesa, afirma que o Estado liberal de direito teria nascido limitado, de um lado, pela divisão de poderes, cuja técnica atribui a Montesquieu, e, de outro, pelo reconhecimento e garantia de direitos individuais, trazidos pelos indivíduos do suposto estado de natureza, na concepção lockeana do contrato social. O autor faz tal afirmação invocando o contido no artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, posteriormente consagrado na Constituição francesa de 1791, segundo o qual “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização”.²⁰⁵ No entanto, conforme demonstrado adiante, no contexto do movimento revolucionário francês, os direitos fundamentais não foram concebidos propriamente como mecanismo de limitação do poder político, pelo menos na forma teorizada por Locke.

De igual modo, parece merecer reparo, ainda a título de exemplo, a afirmação de Arnaldo Miglino, segundo a qual as teorias jusnaturalistas e contratuais que serviram de fundamento para o surgimento do Estado de direito não resultaram da observação de fatos históricos reais, mas assentavam na ideia racional segundo a qual “o poder político deve ser funcional ao interesse dos governados”, caso contrário, seria considerado um abuso. No dizer do autor, para viabilizar o cumprimento desses interesses, de um lado, atribuiu-se a eles a qualidade de direitos subjetivos públicos, isto é, “posições subjetivas dos indivíduos que o Estado tem o dever de respeitar e, de outro, fragmentou-se o poder em funções estatais, distribuídas entre diferentes centros de comandos, com a supremacia do parlamento no qual tem assento os representantes da nação”.²⁰⁶ Porém, a ideia de supremacia do parlamento, nesse contexto, é absolutamente incompatível com a ideia de Estado de direito, conforme já consignado, especialmente tomado o termo em sentido forte, como faz Ferrajoli.

Com efeito, tem-se como importante a lição de Gomes Canotilho, segundo a qual “o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais diferenciados”. Para ele, “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”, podendo falar-se em constitucionalismo inglês,

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 168.

²⁰⁶ MIGLINO, Arnaldo. *A cor da democracia*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 83.

constitucionalismo americano, constitucionalismo francês etc. Sendo assim, ressalta o mestre coimbrês, seria preferível falar em “diversos movimentos constitucionais” considerados os contextos nacionais, os quais apresentam certos elementos que permitem “uma aproximação entre si, fornecendo uma tessitura histórico-cultural” e uma noção básica do que se pode entender como constitucionalismo.²⁰⁷

De fato, uma compreensão adequada do constitucionalismo contemporâneo requer uma análise criteriosa que indique, da forma mais clara possível, a existência de eventuais elementos comuns aos três modelos de constitucionalismo acima referidos, assim como, e de modo especial, aqueles elementos que apontam para uma ambivalência do constitucionalismo moderno. Convém sublinhar, conforme já ressaltado, que somente a partir dessa compreensão é possível fixar um marco teórico que seja capaz de dar conta de toda a problemática que envolve a necessidade de tornar efetivos os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, objeto da nossa preocupação imediata, e, ao mesmo tempo, preservar a legitimidade democrática da jurisdição.²⁰⁸

3.2. Constitucionalismo inglês: a cultura historicista e a desconfiança no poder constituinte

Partindo da ideia já exposta no capítulo anterior, segundo a qual o constitucionalismo é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, Gomes Canotilho explica o desenvolvimento dessa teoria a partir de três modelos distintos, afirmando, como predito, que existem traços característicos de cada um deles que permitem distingui-los em relação aos demais. O primeiro é o modelo historicista, peculiar ao constitucionalismo inglês. Conhecer suas peculiaridades é importante, sobretudo, porque se considera insuficiente o entendimento segundo o qual o Estado de direito, que emergiu com o constitucionalismo moderno, teve sua origem com a instauração da monarquia constitucional inglesa, no século XVII, quando os projetos régios esbarraram, além do Parlamento, na tradição da *common law*,

²⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51. No mesmo sentido FERREJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, 2011. p. 95.

²⁰⁸ É de se esclarecer que, para os propósitos da presente investigação, a utilização da expressão “jurisdição constitucional” decorre apenas da sua consagração, adiantando-se, além disso, como indicado no título e explicado no penúltimo capítulo, que, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, não é possível estabelecer uma cisão entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, sendo, pois, mais adequada a utilização da expressão “jurisdição constitucionalizada” ou, simplesmente, jurisdição.

ocasião em que, para evitar o despotismo do monarca, invocaram-se os direitos naturais dos ingleses livres, como forma de limitar o poder do rei.²⁰⁹

Para compreender o referido modelo, entretanto, deve partir-se de uma rápida incursão pelo constitucionalismo medieval, em cuja tradição o constitucionalismo inglês está inserido. Nesse sentido, lembra Fioravanti, que é recorrente a ideia de um medievo teocrático, dominado pela noção de poderes imperial e eclesiástico, de caráter universalista, cuja legitimação de qualquer autoridade política era proveniente direta ou indiretamente de uma divindade: um período em que todo e qualquer poder era procedente do alto, por meio de uma cadeia hierarquicamente ordenada.

Assim, diferentemente da forma de organização dos antigos que, não obstante tenham experimentado regimes tiranos e oligárquicos, pelo menos na *polis* grega e na *res publica* romana propugnaram pela necessidade de experiências políticas e constitucionais dotadas de formas de participação que incluíssem certo protagonismo dos cidadãos, configurando, desse modo, uma concepção ascendente e não descendente do poder, o medievo, no que se refere à história constitucional, ter-se-ia mantido entre parêntese: *es la edad del eclipse de la constitución, comprendida entre lo antiguo y lo moderno, la edad en que la conciencia colectiva de la necesidad de una ley fundamental se disuelve.*²¹⁰

O autor rechaça essa ideia e sustenta a existência de uma verdadeira “constituição medieval”, dotada de características históricas próprias, distintas tanto da constituição dos antigos quanto da constituição dos modernos. Segundo ele, tudo que se passa na complicada cena constitucional da Idade Média deve ser interpretado de forma autônoma e como algo típico daquela época, não devendo, pois, ser considerado uma continuação ou o renascimento da constituição dos antigos, tampouco uma mera antecipação ou preparação da constituição

²⁰⁹ Infere-se de Renato Janine, que a ideia de Estado de direito deita suas raízes ainda no século XVII, cujo marco histórico específico teria sido a instauração da monarquia constitucional inglesa. Além do parlamento, os projetos régios, na Inglaterra da época, esbarravam na tradição da *common law*, assentada na ideia de direito consuetudinário, o que representava certo atraso em relação aos países do continente, posto que aqueles já haviam superado essa tradição ainda na Idade Média, o que fortaleceu o poder do monarca como legislador, promovendo, ao mesmo tempo, a racionalização do sistema jurídico em que prevalecia a máxima segundo a qual aquilo que agradava ao príncipe tinha força de lei. Nesse contexto, teria ocorrido um atraso que acabou por beneficiar a sociedade, permitindo a afirmação da dignidade política inglesa diante das intenções despóticas dos reis, mediante a invocação, pelo parlamento, dos direitos naturais do inglês que nasceu livre. Ou seja, buscava-se um fundamento de direito natural como forma de limitação do poder. Sendo assim, os direitos fundamentais da pessoa humana não nasceram com a democracia moderna, no século XVIII, mas ainda no século XVII, como forma de limitar o poder do monarca. Foram esses direitos que começaram a converter o poder absoluto dos reis em poder constitucional. Só mais tarde os direitos fundamentais acabariam restringindo também o poder da assembleia popular, por meio do reconhecimento do seu caráter contramajoritário, integrando, assim, o próprio conceito de democracia. (RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 15-23)

²¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 33.

dos modernos. Deve, antes, ser entendido como uma realidade que existe em si mesma e que se encontra historicamente determinada.²¹¹

No medievo, a fragmentação do poder, ou, como diz Fioravanti, aquela realidade de poderes tão distintos, como eram os poderes eclesiástico e imperial, dotados de orientação universalista, assim como os poderes do feudatário e do senhor territorial, que assumiam a responsabilidade do governo e dos ordenamentos das cidades, respectivamente, enfim, toda aquela diversidade de ordenamentos apresentava um traço comum: todos aqueles poderes, independentemente do seu âmbito de incidência sobre as pessoas e as coisas, bem como da sua forma de legitimação, tinham em comum o fato de não serem poderes soberanos, com pretensões totalizadoras e onicompreensivas em relação às pessoas, aos bens, ao uso da força e aos ordenamentos que existiam concretamente no âmbito dos seus respectivos limites jurisdicionais.

Significa dizer que, da mais nobre fonte do direito ao mais simples estatuto, a característica comum consistia em que a parte mais relevante da vida dos cidadãos, especialmente aquela atinente aos aspectos econômico e patrimonial, se desenvolvia fora daquelas poucas previsões normativas: desenvolvia-se na praxis consuetudinária, isto é, seguindo a força normativa autônoma e primária dos costumes.²¹² Com efeito, as principais características da constituição medieval consistiam, por um lado, na intrínseca limitação dos poderes públicos, não se tratando aqui, porém, de uma limitação estabelecida por meio de “normas positivas gerais e escritas”, as quais ninguém tinha poder de elaborar e nem mesmo vontade de fazê-lo. Tratava-se, na verdade, de uma limitação de fato que começou a se afirmar mais precisamente a partir do século V, após a queda do Império Romano, e foi estabelecida costumeiramente.

Por outro lado, aqueles poderes desenvolviam-se, sempre, numa realidade concreta, não por meio de uma deliberada e consciente vontade de respeitar a autonomia dos particulares, e nem mesmo pelo temor de uma sanção aplicável, mas porque os seus titulares se haviam habituado, ao longo dos séculos, a considerar o conjunto mais relevante das relações econômicas, sociais e políticas como algo que de fato se situava fora da sua

²¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 34. A ideia de constituição sempre teve como intento dar cabo ao problema da legitimação e distribuição equilibrada do poder, ou seja, sobre as formas coletivas de exercício do poder. Com a finalidade de dar conta desses fenômenos, na antiguidade clássica a constituição estava vinculada à necessidade de reforçar o poder e evitar a sua degradação; diversamente se passava no medievo, onde a constituição aparecia como encarregada de garantir o caráter plural e composto da sociedade, evitando, assim, a deriva rumo à uma sociedade despótica. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 38-39).

²¹² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 35.

capacidade normativa, sendo, pois, algo que já se achava juridicamente ordenado; tratava-se, assim, de considerar aquele conjunto de relações substancialmente indisponíveis por parte dos poderes públicos, uma vez que era tido como um ordenamento jurídico dado.²¹³

Assim, toda aquela fragmentação do poder que os modernos consideravam uma desordem, diz Fioravanti, manteve-se durante muitos séculos pelo fato dos protagonistas da constituição medieval serem conscientes da impossibilidade de sair *del lugar y de la función que a ellos correspondía dentro de un orden que era sentido profundamente como vinculante, precisamente como un orden jurídico*. Em suma, ao contrário da constituição dos antigos, que podia ser concebida como um ordenamento político ideal, a constituição medieval pode ser entendida como um ordenamento jurídico dado, a ser preservado e defendido diante de toda e qualquer pretensão de introduzir modificações arbitrárias em relação ao equilíbrio existente.²¹⁴ Isso significa dizer que, se entre os antigos vigorava a ideia de um constitucionalismo político, entre os medievais prevalecia a ideia de um constitucionalismo jurídico.

Com efeito, no dizer de Fioravanti, a Idade Média pode ser descrita como o período histórico em que o discurso sobre a constituição deixa de pertencer exclusivamente ao campo político e moral, ou seja, do aperfeiçoamento do homem por meio da experiência da cidadania política comum, como ocorria na antiguidade, e converte-se em discurso jurídico que nasce da prática social. Desde esse ponto de vista, falar da constituição medieval significa falar de regras, de limites ao poder, de pactos e contratos e, por fim, de equilíbrio.²¹⁵ Em outras palavras, significa falar de constituição mista.²¹⁶ É, pois, neste contexto, que está inserido o constitucionalismo inglês, conforme já anunciado.

Tal vinculação pode ser inferida facilmente de Fioravanti para quem, pensar as liberdades historicamente significa situá-las na história subtraindo-as ao máximo às intromissões arbitrárias dos poderes instituídos. Nesse sentido, a abordagem historicista tende a privilegiar necessariamente as denominadas liberdades civis, entendidas como liberdades negativas, as quais se traduzem pela capacidade de atuar sem que haja impedimento ou

²¹³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 36-37.

²¹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 37.

²¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 38.

²¹⁶ A constituição medieval é mista porque se refere a uma realidade política e social composta e plural, que se opõe a todo e qualquer intento unificador, disposta a reconhecer uma lei fundamental comum tão-somente por haver a consciência de que essa lei não vem de cima para baixo, senão que representa a síntese da pluralidade de pactos e acordos que as diferentes partes, ou seja, as distintas ordens, as distintas realidades territoriais estipularam entre si. (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 63)

obrigações dentro de *una esfera claramente delimitada y autónoma*, especialmente no que se refere a interferências do poder político.²¹⁷

Ainda de acordo com nosso autor, adotando-se como ponto de partida principalmente a liberdade pessoal e a propriedade privada, incluído aí o poder de disposição por parte do proprietário, tem-se a Inglaterra como o país onde mais fortemente desenvolveu-se uma cultura historicista das liberdades civis, assentada, sobretudo, no binômio: liberdade-propriedade. É nessa linha explicativa, diz Fioravanti, que se põe em destaque a força imperativa dos direitos adquiridos, assim entendidos os direitos que foram sendo confirmados pelo uso ao longo do tempo, pela força normativa do costume, pela história, portanto, de modo a torná-los indisponíveis por meio da vontade contingente daqueles que detêm o poder político.²¹⁸

Sendo assim, consoante explica Gomes Canotilho, as dimensões histórico-constitucionais caracterizadoras do modelo inglês consistem: a) na garantia dos direitos adquiridos, traduzida no binômio: liberdade-propriedade; b) na organização corporativa dos direitos os quais pertenciam aos indivíduos enquanto membros de um determinado estamento c) na regulação desses direitos estamentais e da referida estrutura por meio de contratos de dominação.²¹⁹ A evolução desse movimento compreende o período que vai da *Magna Carta*,

²¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 26.

²¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 26-28. Pisarello considera conservadora a abordagem historicista por caracterizar o constitucionalismo inglês como um constitucionalismo evolutivo, alheio às grandes rupturas e mais empenhado em recriar e revelar uma série de liberdades já conquistadas no passado, configurando, assim, a atualização de antigas tradições. Nesse sentido, a Inglaterra do século XIII já podia ser considerada, até certo ponto, uma monarquia constitucional, uma vez que os poderes do rei estavam limitados e a Magna Carta, de 1215, conduziria, por meio de uma lenta e progressiva sedimentação, ao *Bill of Rights*, de 1689. Para o autor, essa imagem distorce a realidade e oculta as descontinuidades verificadas no interior da história de um constitucionalismo no qual não faltaram momentos de rupturas que condicionam de forma decisiva as fases posteriores, caracterizados tais momentos, sobretudo, pelo caráter antiabsolutista dos enfrentamentos entre a coroa e o parlamento. Foi num desses momentos que Edward Coke, atuando como aliado dos setores parlamentares notabilizou-se, dentre outros aspectos, por opor a *common law* tradicional às tentações absolutistas tanto do rei quanto do próprio parlamento, construindo, desse modo, as bases para uma teoria de submissão do poder político ao direito por meio do controle judicial de constitucionalidade. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 53) Dizia Coke: Se o parlamento tivesse traído sua natureza medieval de alta corte de justiça, aos juizes não restaria outra alternativa se não deixar de aplicar sua lei ou lhe atribuir um significado conforme as antigas leis comuns e os costumes do reino. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 53; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 67) Salvo melhor juízo, parece impertinente a crítica de Pisarello, porquanto chega ao mesmo resultado compreendido na cultura historicista, que propugna exatamente pela preservação dos direitos adquiridos no tempo contra os poderes do rei.

²¹⁹ Os contratos de dominação eram acordos que, mesmo após a instauração das monarquias absolutas na Europa-continental, obrigavam o governante em termos jurídico-positivos, não podendo ser modificado por ele de forma unilateral. (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 47)

de 1215,²²⁰ à *Petition of Rights*, de 1628;²²¹ do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689. Convém anotar, que todo esse processo teve como resultado a “sedimentação de algumas dimensões estruturantes” do constitucionalismo ocidental.²²²

Com efeito, esclarece o mestre lusitano, que no modelo historicista a liberdade “radicou-se subjetivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário”. Tal garantia de liberdade e segurança conduziu à instituição de um “processo justo regulado por lei”, ou seja, o *due process of law*, por meio do qual estabeleceram-se as regras destinadas à disciplina da “privação da liberdade e da propriedade”. Aqui, as denominadas “leis do país”, encarregadas de regular a tutela das liberdades são “dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes” exsurgindo, daí, o *common law*, isto é, o direito comum de todos os ingleses. Por fim, a partir da Revolução Gloriosa, de 1689, “ganha estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado: o rei, os lordes e os comuns formavam uma espécie de soberania colegial ainda não desvinculada das ideias medievais”.²²³

Foi, pois, no modelo historicista do constitucionalismo inglês que se desenvolveu a noção de “balanceamento das forças políticas e sociais”, que possibilitou o desenvolvimento das categorias: representação política e soberania parlamentar. Nesse contexto, a soberania parlamentar afirmou-se como “elemento estruturante da constituição mista”, assim entendida aquela constituição em que o poder, antes concentrado nas mãos do monarca, passou a ser “partilhado por ele e por outros órgãos do governo”, ou seja, pelo rei e pelo parlamento. Além

²²⁰ A Carta Magna, de 1.215, é considerada um antecedente capital do constitucionalismo moderno, cujos objetivos principais eram limitar os poderes do rei. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 39)

²²¹ *Petition of Rights* ou Petição de direitos foi um documento elaborado em 1628, no qual constavam as reivindicações do parlamento sobre a aprovação de tributos e o processamento de seus membros. Parte do texto foi redigida por Edward Coke, o qual o apresentou como uma espécie de restauração das liberdades tradicionais plasmadas na *Carta Magna*. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 53)

²²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 55; FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 31-32. Anota Pisarello que, na Revolução Gloriosa, os dois partidos do momento, o *Whig* e o *Tory*, uniram-se contra Jacobo II e conduziram ao trono Guilherme Orange, em 1689. Antes, porém, obrigaram o monarca a assinar o *Bill of Rights*, que ampliava os direitos processuais anteriormente reconhecidos na Carta Magna e na *Petition of Rights*. Além disso, também o obrigaram a assinar o *Act of Recognition*, documento que lhe recordava que sua pretensão ao trono não tinha como fundamento nem direito hereditário nem direito divino. A partir daí, ao constitucionalismo inglês podem ser atribuídas as seguintes características: a) primazia do parlamento sobre a coroa; b) separação de poderes; c) reconhecimento aos proprietários de certos direitos civis e políticos. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 61)

²²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 55.

disso, a soberania do parlamento exprimia também a ideia segundo a qual o poder supremo deveria ser exercido por meio da lei por ele emanada: “essa ideia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo” que é o *the rule of law*, ou, simplesmente, o princípio do Estado de direito.²²⁴

Até aqui, já é possível vislumbrar algumas características do modelo historicista britânico. Todavia, convém destacar, ainda, alguns aspectos úteis à diferenciação deste em relação aos demais modelos, o que se considera imprescindível para uma compreensão daquela daqueles e do próprio constitucionalismo moderno. Com efeito, o primeiro ponto diz respeito à titularidade dos direitos, ou seja, ao caráter universal ou não dos mesmos. Sobre esse aspecto, anota Fioravanti que, os que admitem a perspectiva historicista, isto é, os que aceitam a ideia de afirmação dos direitos na história, assim como a sua indisponibilidade por parte dos detentores do poder político, afirmam que é na Idade Média que estão profundamente fincadas as raízes da noção de liberdade como autonomia. Quer dizer, liberdade como tutela dos direitos e dos bens a eles correspondentes.

Todavia, para o referido autor, esse é um dos dados que separam irremediavelmente o direito medieval do direito moderno. A distinção consiste no fato de que, em regra, no medievo, não se reconheciam direitos e liberdades aos indivíduos como tal considerados, conforme anotado acima, traço característico do direito moderno, principalmente a partir dos movimentos revolucionários: na idade média, diz ele, os direitos e liberdades apresentam uma estruturação corporativa, no sentido de que são patrimônio *del feudo, del lugar, del valle, de la ciudad, de la aldea, dela comuidad y, por eso, pertencen a los individuos sólo en cuanto que están bien enraizados en esas tierras, en esas comunidades*.²²⁵

De acordo com o jurista italiano, esta é uma característica do constitucionalismo inglês já perceptível na Magna Carta. Conforme consta do art. 39 do referido documento, “Nenhum homem poderá ser preso ou encarcerado, ou privado de seus direitos ou de seus bens, ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outro modo, nem usaremos da força contra ele, ou enviaremos a outros para que o façam, exceto por sentença judicial de seus pares e segundo a lei do país”. Para Fioravanti, esse dispositivo é revelador da estrutura corporativa da sociedade medieval tanto inglesa quanto europeia-continental da época: a

²²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 55-56.

²²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 30.

referência a “homens livres” e a julgamento por “seus pares” pressupõe uma divisão da sociedade em ordens e estamentos²²⁶

Por outro lado, é diferente a leitura que se fazia no medievo acerca da indisponibilidade dos direitos e liberdades em relação aos que detém o poder político no cotejo com o pensamento moderno. No direito moderno, considera-se que uma situação histórica na qual todos os sujeitos, em virtude de possuírem direitos fundados na história e no decurso do tempo, estão dominados por uma espécie de ordem natural das coisas que assegura a cada um seu lugar e, com ele, um conjunto de direitos, em virtude do nascimento, do estamento ou da pertença a um determinado lugar ou a uma determinada terra, é incompatível com uma concepção de liberdade enquanto livre expressão da vontade, ou, no dizer de Fioravanti, como liberdade positiva.

Para os modernos, essa dimensão da liberdade é irrenunciável e se opõe ao medievo exatamente porque lá, ao mesmo tempo em que se confia os direitos e liberdades à força de uma ordem natural das coisas historicamente fundada, se subtrai aos homens a liberdade de querer uma ordem diferente. Para o autor, a negação dessa liberdade está na origem da ideia de liberdades políticas ou positivas que mantém o medievo separado do pensamento moderno.²²⁷ De fato, daí decorre o modo diametralmente oposto na forma como fora compreendida pelos ingleses uma das mais importantes categorias do constitucionalismo moderno, a saber: a ideia de poder constituinte, um dos principais traços distintivos dos três modelos de constitucionalismo estudados.

²²⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 32. Esse é um dado importante especialmente para compreender o constitucionalismo francês a partir da teoria rousseauiana da vontade geral. O filósofo pretendia, por meio da ideia de lei geral e abstrata combater as desigualdades próprias de uma sociedade estamental, sepultando, assim, o antigo regime. O mesmo caráter ruptural, neste particular, se verifica no constitucionalismo americano. Como anota Horst Dippel, o *Bill of Rights* britânico, de 1689, foi publicado pelos *Lords*, tanto espirituais quanto temporais, assim como pelos *Comuns*, com a finalidade de “reclamar e reforçar seus antigos direitos e liberdades”. Dito documento não continha nenhuma referência a “princípios universais ou a qualquer ideia abstrata”. Na verdade, foi elaborado tão-somente como uma forma de oposição aos propósitos do rei que pretendia subverter e eliminar o protestantismo, assim como as leis e as liberdades do reino que, tanto os *Lords* quanto os *Comuns* entendiam tratar-se dos seus direitos e liberdades inalienáveis. Em sentido contrário, os delegados de Virgínia, em vez de recorrerem a vocabulário semelhante, introduziram, de forma deliberada, uma nova linguagem. Já no preâmbulo do documento, constou que, tratava-se de “uma declaração de direitos, feita pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos numa convenção livre e plena; direitos esses que lhes pertencem, bem como à sua posteridade, enquanto base e fundamento do governo”. Como se pode perceber, o documento de Virgínia não tinha um caráter meramente subjetivo, no sentido ter sido elaborado por um grupo de pessoas, ou por uma assembleia preocupada com a defesa dos seus direitos em oposição a outras instituições: trava-se de uma declaração de direitos, elaborada por representantes do povo, os quais declararam direitos que pertenciam àquele mesmo povo e à sua descendência, e não apenas a determinados grupos. Além disso, esses direitos constituíam “a base e o fundamento do governo”. (DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 6-7)

²²⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 30-31.

Ao contrário dos outros dois modelos antes referidos, conforme demonstrado adiante, os ingleses conceberam o poder constituinte como um processo histórico não de criação, mas de revelação da constituição inglesa: “às magnas cartas” diz Canotilho, é estranha a dimensão projetiva de uma nova ordem política criada por um ator abstrato, ou seja, pelo povo ou nação. Inerente à “ordem natural das coisas” está a indisponibilidade da própria ordem política, ou seja, a incapacidade de querer, de construir e de projetar uma “ordem nova”, bem como a rejeição de qualquer corte radical com as estruturas políticas tradicionais. Nesse sentido, afirma-se que ao modelo historicista do constitucionalismo inglês repugna a ideia de um poder constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo. Com efeito, sua posição em relação ao poder constituinte é de desconfiança.²²⁸

De acordo com Fioravanti, nem mesmo da doutrina lockeana da invocação ao céu, que servia de fundamento ao direito de resistência, conforme visto alhures, se poderia deduzir, no âmbito o constitucionalismo inglês, a existência de um poder constituinte do povo soberano capaz de criar ou instituir uma nova ordem.²²⁹ Recorde-se que, para Locke, o povo é o titular do poder supremo, e ainda quando referido poder é assumido pelo legislador, no momento da formação do governo civil, sua titularidade permanece com o povo, podendo ser restaurada naquelas situações em que a relação de confiança seja afetada.²³⁰

Contudo, explica Fioravanti, que não se tratava de fixar um ponto no qual o povo afirmava sua soberania, ou seja, sua capacidade de gerar uma nova constituição, e sim de indicar uma situação de perigo em que o próprio povo poderia ser chamado a defender a constituição histórica e seu regime composto pelo rei e o parlamento, ou seja, a restaurar a legalidade violada.²³¹ Essa concepção de poder constituinte, ou melhor, a desconfiança no poder constituinte, entendido como potência capaz de instituir uma nova ordem, justificaria o fato de o parlamento inglês ser qualificado como soberano. Dita qualificação, nesse caso,

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 69; FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 34.

²²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 94.

²³⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenian, 2007. p. 167-168.

²³¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 94. De acordo com Fioravanti, mesmo quando se admite com Locke o direito de resistência do povo em caso de tirania e dissolução do governo, se concebe tal direito como instrumento de restauração da legalidade violada e não como instrumento de projeção de um novo e melhor ordenamento político. Nesse sentido, diferentemente do que se passava no modelo rousseauiano, ao jusnaturalismo de Locke falta toda carga polêmica contra o passado medieval que, ao contrário, foi por ele recepcionado e adaptado aos novos tempos. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p.34)

visaria, sobretudo, impedir que ele próprio e a lei por ele produzida fossem tidos como derivados de uma lei constitucional desejada pelo poder constituinte do povo soberano.²³²

A esta altura, é possível enumerar algumas características do constitucionalismo inglês: direitos afirmados na história, ou adquiridos no tempo; direitos pertencentes aos indivíduos enquanto membros de determinada ordem ou estamentos; leis interpretadas e reveladas pelos juízes; representação e soberania parlamentar, em vez de soberania popular; governo moderado por meio da fórmula rei e parlamento; indisponibilidade dos direitos afirmados na história etc. Pode-se concluir, porém, que, não obstante a indisponibilidade dos direitos adquiridos e da técnica do governo moderado, a ideia de constitucionalismo como técnica de limitação de poder com fins de garantia, e a consequente ideia de Estado de direito como Estado limitado acabaram não se configurando no modelo historicista inglês, porquanto ambas as ideias esbarraram na soberania do parlamento.²³³

Com efeito, explica Canotilho que, no âmbito do constitucionalismo inglês, a fórmula *Rule of Law*, isto é, Estado de direito apresenta sentido variado, podendo admitir pelo menos quatro interpretações distintas: a) na sequência da *Magna Carta*, de 1215, significa a obrigatoriedade da observância do devido processo legal, ou seja, de um processo justo, assim entendido o processo legalmente regulado, nas hipóteses de julgamento e punição dos cidadãos, tratando-se de privação da liberdade e da propriedade; b) significa a proeminência das leis e dos costumes do país em relação à “discricionariedade do poder real”; c) indica a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento; d) por fim, significa o igual direito de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos para a defesa dos seus direitos “segundo os princípios do direito comum inglês”.²³⁴

Partindo dessa constatação, reafirma-se o que foi dito acima, no sentido de que somente por aproximação é possível considerar que a ideia de Estado de direito tem como

²³² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 147-149. A afirmação da primazia do parlamento, no qual residiam os poderes soberanos e ao qual se reconhecia uma autoridade suprema, irresistível, absoluta e não contestada, escondia uma finalidade específica consistente em afirmar o *status quo* de um órgão estatal para o qual ocorria a confluência de três elementos típicos da antiga Constituição diante das tendências que outrora colocavam em risco o seu equilíbrio: o elemento monárquico, o aristocrático e o popular. Ditas tendências democratizadoras partiam desde concepção moderadas, como aquelas que enfatizavam a necessidade de controle sobre o executivo e até mesmo em relação á investidura do primeiro ministro até aqueles que invocavam o direito de resistência de formulação lockeana. Nessa perspectiva, afirmar a soberania do parlamento significava evitar a erupção de outra soberania, de tipo popular, que fosse capaz de determinar, direta ou indiretamente por meio dos partidos, o governo e suas diretrizes políticas. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 61-62; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 99)

²³³ Como se verá na sequência, foi exatamente a ideia de soberania do parlamento que motivou a Revolução americana, dando origem a um novo e distinto modelo de constitucionalismo.

²³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 93-94.

origem a instauração da monarquia constitucional inglesa. Nenhum dos significados atribuídos à fórmula: “Estado de direito” acima referidos apresenta todos os elementos que conformam o conceito de constitucionalismo entendido como técnica de limitação do poder com fins de garantia. Veja-se, de modo especial, a ideia de soberania do parlamento.

Evidentemente, é de se recordar com Norberto Bobbio, que a *common law* é “um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo rei”. Num segundo momento transforma-se num direito de elaboração judiciária, passando a ser constituído de regras que são adotadas pelos juízes para dirimir conflitos de natureza individual, e que se tornam obrigatórias na resolução de casos futuros, dando origem, assim, a um sistema de precedentes. Contrapondo-se ao direito comum existe também o direito estatutário, posto pelo soberano, isto é, pelo rei, num primeiro momento, e, mais tarde, por este juntamente com o parlamento.

Todavia, a primazia do direito comum em relação ao direito estatutário, ou seja, ao direito positivo, mantém-se no direito inglês ainda quando a monarquia se fortalece, transformando-se de monarquia medieval em monarquia moderna. Isso significa que vigorava o princípio segundo o qual o direito estatutário ou positivo valeria enquanto não contrariasse o direito comum, o qual atuava como limite ao poder real e parlamentar. Havia, assim, uma distinção entre poder de governo e poder jurisdicional: no exercício da jurisdição, por meio dos juízes, a realza era obrigada a respeitar o direito comum que, como dito, atuava como limite ao poder do soberano. Daí decorre a ideia segundo a qual, a monarquia inglesa, uma vez adotada a regra da separação de poderes que fora ali desenvolvida, diferentemente do que se passava com as monarquias absolutas continentais, nunca deteve um poder ilimitado.²³⁵

Ainda que seja assim, fica a advertência de Canotilho segundo a qual, o modelo britânico de Estado de direito e os vários significados que comporta, têm suscitado perplexidades produzindo, atualmente, controvérsias que apontam para a necessidade de uma nova Declaração de direitos e mesmo de uma constituição escrita capazes de estabelecer “vinculações jurídicas precisas” como forma de superar a clássica e incontornável soberania parlamentar.²³⁶ Significa dizer que, no modelo historicista inglês, encontram-se resquícios do dogma da onipotência do legislador, que reduz a ideia de limitação do poder político,

²³⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 34.

²³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 94.

enfraquecendo, por conseguinte, a força normativa da constituição e o sistema de direitos.²³⁷ Foram esses restos de absolutismo que conduziram ao surgimento do constitucionalismo americano, conforme demonstrado a seguir.

3.3. Constitucionalismo americano: contra a onipotência do legislador, a força normativa da constituição, a separação de poderes e o controle jurisdicional de constitucionalidade

De acordo com Matteucci, o período que vai de 1776 a 1788 deve ser considerado um momento histórico de máximo interesse para a formação do constitucionalismo moderno, não apenas pela intensa atividade consistente na edição de diversas cartas, mas, sobretudo, pelo progressivo aperfeiçoamento da técnica tanto de elaboração quanto de legitimação das mesmas.²³⁸ Foi nesse período que se afirmou o constitucionalismo americano, cujo modelo é referido por Gomes Canotilho como técnica americana da liberdade.²³⁹ Nos dois extremos desse período estão, de um lado, a aprovação da Declaração de independência das treze colônias, em 1776, e, do outro, a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1788.²⁴⁰ Sem embargo, conforme Matteucci, para compreender adequadamente e no essencial o surgimento do constitucionalismo americano, é necessário retroceder o início do período para o ano de 1761 e ampliar seu final para 1803.²⁴¹

Com efeito, em 1761, teve início a denominada “pequena revolução”, depois de um famoso discurso proferido por James Otis e de um dos mais influentes dos seus escritos,

²³⁷ Anota Vital Moreira que, na Grã-Bretanha, deixou de ser heresia a ideia de criar uma carta de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos contra o legislador e de confiar a sua defesa aos tribunais. (MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, J. Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 178)

²³⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 161.

²³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 58. Como se verá na sequência, os colonos americanos não pretendiam romper e nem mesmo alterar a ordem social existente, e sim, como diz Pisarello, preservar suas liberdades ameaçadas pela corrupção da Constituição antiga. De certa forma, ditas liberdades já existiam na própria organização das colônias, as quais apresentavam uma relativa homogeneidade social entre os colonos, que se consideravam pessoas livres, e cuja maioria era formada por remanescentes do antigo regime. Isso fez com que autores como Tocqueville sustentassem que os Estados Unidos já nasceram livres. Pisarello, no entanto, considera tal afirmação a respeito da formação dos Estados Unidos um tanto exagerada, uma vez que desconsidera a exploração e o genocídio a que foram submetidos servos, escravos e populações indígenas, não obstante reconheça um elevado grau de auto-organização no interior das colônias. (PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor*: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011. p. 63)

²⁴⁰ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 161.

²⁴¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 162.

intitulado: *Os direitos dos colonos britânicos*. A partir das ideias de Coke e de Locke, Otis defendeu a possibilidade de se exigir da metrópole o cumprimento da Constituição, invocando, para tanto, as liberdades antigas dos ingleses, afirmando que os tribunais deveriam considerar nulos e desprovidos de eficácia os estatutos emanados do parlamento que contrariassem a lei fundamental, advertindo, além disso, com fundamento na doutrina do direito de resistência, acerca da possibilidade de rebelião em caso de traição, por parte do legislativo inglês, da confiança nele depositada, mediante atentado contra os direitos individuais. Em 1803, o juiz Marshall reconheceu a competência da Suprema Corte para examinar as leis emanadas do parlamento, a fim de verificar a sua conformidade com a Constituição, materializando, dessa forma, a exigência que deu início à revolta.²⁴² Com isso, estabeleceu as premissas para a afirmação do controle de constitucionalidade e o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária.²⁴³

No desenvolvimento do processo revolucionário que conduziu à independência das colônias inglesas e ao advento da Constituição federal americana, de 1787, e sua ratificação, em 1788, foi decisiva a questão em torno daquilo que foi considerado pelos colonos como sendo uma injusta instituição de tributos por parte do parlamento inglês. Em oposição ao referido ato legislativo, as colônias, que desde então já concebiam suas próprias assembleias como sendo dotadas de legítima representatividade política, e já não se sentindo representadas pelo parlamento, invocaram, em seu favor, *los más sagrados principios de la tradicional constitución inglesa* e, de modo especial, a máxima *no taxation without representation*, isto é, nenhuma tributação sem representação, da qual se deduzia a exigência de aprovação formal das assembleias políticas representativas para a instituição de tributos.²⁴⁴

A revolução americana nasceu, portanto, sob o signo da oposição da constituição à lei do parlamento inglês, constando das deliberações da assembleia de Virgínia, de 30 de maio de 1765, que o ato de instituição de tributos por parte do referido órgão parlamentar deveria ser reputado não apenas ilegal, mas também inconstitucional e injusto. Daí inferir-se que foi esta a primeira vez na história que o conceito de constituição foi empregado num sentido

²⁴² PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 64; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 162.

²⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 76.

²⁴⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 104; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 284. A tradição de auto-organização acabou criando uma mentalidade comum entre os colonos que incluía ao mesmo tempo um apego às formas representativas e a crença nos direitos individuais e coletivos. PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 63.

plenamente normativo, com a clara intenção de afirmar a invalidade de uma lei e a sua consequente incapacidade para legitimamente obrigar.²⁴⁵

Além desses argumentos em defesa da inconstitucionalidade da lei e da afirmação da força normativa da constituição, incluiu-se outro que tinha como matriz o pensamento lockeano do direito de resistência, com base no qual se afirmava o poder do povo de, numa dada situação extrema, abolir o legislativo que houvesse traído a confiança nele depositada, ou que houvesse atentado contra os direitos dos indivíduos. Desenvolveu-se, dessa forma, uma espécie de argumento que serviu para sustentar a efetiva superioridade da constituição a partir de um duplo fundamento: o primeiro, de cunho historicista, invocava a força da tradicional constituição inglesa e os direitos absolutos dos homens britânicos; o segundo, de conteúdo jusnaturalista, invocava o poder constituinte e os direitos naturais dos indivíduos.²⁴⁶

Trata-se do duplo argumento sugerido por Otis, conforme referido acima. Com efeito, recorda Fioravanti, que os dois fundamentos já eram perceptíveis nos momentos que antecederam a Declaração de independência, tanto que o redator, Thomas Jefferson, ao mesmo tempo em colocava em destaque o poder constituinte, afirmando que a constituição, como ato proveniente do povo soberano, não só podia como também deveria impor-se, por meio do exercício daquele poder, a todas as situações em que fosse manifesta e declarada a condição de tirania, que conduzia à degradação dos direitos dos indivíduos, invocava, também, a tradicional constituição inglesa e os direitos dos *britishmen*.

Além disso, o próprio texto da Declaração afirmava o direito do povo soberano de abolir o governo injusto que não salvaguardasse os direitos dos indivíduos, ou seja, invocava a doutrina dos direitos naturais e o direito de resistência: na Declaração de independência elaborada por Thomas Jefferson e apresentada ao congresso, em 1776, diz Pisarello, não se apela nem à *common law* nem às cartas coloniais, senão às leis naturais consideradas evidentes e invioláveis, assim como à necessidade do consentimento dos governados para a instauração de qualquer governo representativo, aos direitos individuais e, na esteira do pensamento lockeano, ao direito de destituir qualquer governo que atentasse contra eles.²⁴⁷ Todavia, anota Fioravanti, ficou claro na Declaração que tal fora necessário somente após

²⁴⁵ FIORAVANTI Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 104; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 63-64; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 162-163.

²⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 104-105.

²⁴⁷ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 63.

terem esgotado todas as tentativas de evitar a ruptura.²⁴⁸ Ou seja, os colonos americanos desejavam manter-se no paradigma historicista da tradicional constituição inglesa e dos direitos dos homens britânicos, o qual assumiam como um valor positivo que dificilmente permitiria uma separação radical.²⁴⁹

Isso significa que, ao mesmo tempo em que rompe com a tradição constitucional inglesa, o constitucionalismo americano mantém-se a ela vinculado. A ruptura dá-se em virtude da afirmação do poder constituinte e do princípio democrático da soberania popular, ambos ausentes naquele modelo, conforme demonstrado no tópico anterior; o vínculo decorre da utilização desses mesmos argumentos como forma de limitação do poder político em defesa dos direitos dos indivíduos. Com efeito, explica Fioravanti, que é a partir do duplo fundamento acima referido, isto é, do fundamento jusnaturalista do poder constituinte, de um lado, e da vinculação ao modelo tradicional da constituição inglesa, de outro, que se pode entender, no seu conjunto, a base intelectual que conduziu à Constituição americana de 1787. Segundo o autor, trata-se de uma constituição efetivamente democrática, *sólidamente fundada sobre el poder constituinte del pueblo americano*, não podendo, por isso mesmo, ser considerada um “fruto póstumo da tradicional constituição inglesa”.²⁵⁰

Essa é a mesma linha seguida por Gomes Canotilho. Para o jurista lusitano, o constitucionalismo americano assentou-se na ideia de povo. Assim como a nação em França, o povo reivindicou o direito de escrever sua lei básica e, apesar de pretender reafirmar os direitos próprios da tradição medieval e da Revolução Gloriosa, o movimento revolucionário americano não se caracterizou como “um movimento restaurador” dos antigos direitos e liberdades e da própria Constituição inglesa, porquanto, para os colonos, no corpo de dita Constituição se havia instalado um tirano por meio da ideia de soberania parlamentar. Com efeito, contra a onipotência do legislador, a Constituição fora concebida como lei superior, destinada à garantia dos direitos dos cidadãos, cuja decisão de elaborar tal documento cabia ao povo. No dizer de Canotilho, “aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a ideia de democracia”, entendida atualmente como uma democracia dualista: existem decisões que são raras e que são tomadas pelo povo; outras, porém, são frequentes e são adotadas pelo

²⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 105.

²⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 105; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 58; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 63.

²⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 105-106.

governo; as primeiras são aquelas decisões tomadas nos denominados “momentos constitucionais”.²⁵¹

Ainda de acordo com o mestre coimbricense, aqui reside uma diferença fundamental entre o constitucionalismo inglês e o constitucionalismo americano: “em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte”.²⁵² Logo, diversamente do que se passa no modelo historicista inglês, a ideia de poder constituinte adquire centralidade política no constitucionalismo americano, enquanto poder de criar uma constituição, “para registrar, num documento escrito, um conjunto de regras invioláveis onde afirmar-se”: a) a ideia de povo como autoridade ou poder superior; b) a subordinação do legislador e de sua produção normativa à constituição; c) a inexistência de poderes supremos ou absolutos, ou seja, a ideia de um poder soberano; d) a noção de poderes constituídos autorizados constitucionalmente em posição ordenada e equilibrada; e) a garantia, de modo estável, de um conjunto de direitos plasmados na constituição, oponíveis ao arbítrio do legislador e dos demais poderes constituídos. Nessa perspectiva, “o poder constituinte, no figurino norte-americano, transporta uma *filosofia garantística*; a constituição não é fundamentalmente um projeto para o futuro, é uma forma de garantia de direitos e de limitar poderes”.²⁵³

Nesse contexto, acrescenta Canotilho, o poder constituinte não é dotado de autonomia, mas “serve para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes”. Ao contrário da revolução francesa, onde o poder constituinte fora concebido como um poder supremo tendo como titular o povo ou a nação, consoante explicitado adiante, na revolução americana, dito poder é apenas um “instrumento funcional para redefinir a Lei Superior e estabelecer as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade, segundo os parâmetros políticos religiosos de algumas correntes calvinistas e das teorias contratualistas lockeanas”. Dito de outra forma, com mestre lusitano: “o poder constituinte serve para fazer uma constituição oponível aos representantes do povo e não uma constituição querida pelo povo soberano”.²⁵⁴

²⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 58-59.

²⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

²⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 70.

²⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 70. Convém esclarecer que a noção de poder constituinte não está presente no pensamento de Locke, consoante ficou consignado acima. Trata-se de uma interpretação da doutrina do direito de resistência elaborada por aquele autor. Como anota Canotilho, a noção de poder constituinte em Locke está associada à de direito de resistência reclamado pelo radicalismo político inglês. Embora a expressão “poder constituinte” não apareça de

De fato, como esclarece Fioravanti, analisando-se a questão de forma mais detida, ver-se-á que os colonos americanos não fizeram outra coisa que “contrapor seu poder constituinte e sua constituição, em sentido de limitação e garantia, ao último e perverso produto da tradição da constituição mista, que a seus olhos era a onipotência do parlamento inglês”.²⁵⁵ Dita onipotência decorria do fato deste ter-se atribuído a condição de *expresión necesaria de todas las fuerzas y de todas las realidades como por encanto compuestas y equilibradas en él*.²⁵⁶

Com efeito, no contexto da revolução americana, o princípio democrático e o exercício do poder constituinte nasceram do impulso para a limitação do poder político, a partir de uma interpretação da doutrina lockeana do direito de resistência, com a finalidade precípua de opor uma lei superior à lei de um poder constituído, que era o parlamento inglês, o qual havia ultrapassado os limites legítimos de sua atuação, tornando-se um poder absoluto, tirânico: *los americanos quisieron una constitución democrática contra la degradación en sentido parlamentarista de la tradicional constitución mixta inglesa, en la que reconocieron una nova forma de absolutismo*.²⁵⁷ Com isso deram origem àquilo que se constituiu o verdadeiro fio condutor da revolução: “*la crítica a la omnipotencia de los legisladores*”.²⁵⁸

Não foi por outra razão que, de acordo com Fioravanti, a oposição à onipotência do legislador, decorrente do absolutismo do parlamento, conduziu a que, também no que se refere à forma de governo, ou seja, no tocante à organização constitucional das relações entre os poderes, os revolucionários americanos recuperassem da mesma tradição britânica a técnica dos freios e contrapesos, consistente na busca de um governo moderado e equilibrado, destinada, assim como os direitos dos homens ingleses, a limitar o poder político.

Sendo assim, as duas matrizes de pensamento acima referidas, ou seja, a democrática e constituinte, de conteúdo jusnaturalista, e a tradicional britânica, de conteúdo historicista,

forma clara na obra de John Locke, considera-se que foi com ele que surgiu a distinção entre poder constituinte do povo, entendido como poder do povo de encontrar uma nova forma de governo, e o poder ordinário do governo e do legislativo, encarregado da elaboração e da aplicação da lei. Os pressupostos teóricos relativos à sugestão de um poder supremo identificado como poder constituinte são os seguintes: a) o estado de natureza é de caráter social; b) nele, os indivíduos possuem uma esfera de direitos naturais preexistentes ao estado civil; c) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; d) o contrato social, por meio do qual o povo assente o poder do legislador não lhe conferindo um poder geral, senão um poder limitado, específico e não arbitrário; e) somente o corpo político reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 72-73)

²⁵⁵ *contraponer su poder constituyente e su Constitución, en sentido de limitación y garantía, al último y perverso producto de la tradición de la constitución mixta, que a sus ojos era a omnipotencia del parlamento inglés*. (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 106.

²⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 106.

²⁵⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 106.

²⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 89.

acabaram por convergir, concorrendo, ambas, para a configuração de um modelo constitucional de governo limitado. Como resultado, tem-se uma constituição democrática, destinada a instituir um governo em que todos os poderes são limitados exatamente pelo fato de não desfrutarem da qualidade de poderes originários, sendo, antes, derivados do poder constituinte do povo soberano, dotados, assim, de competências constitucionais para que possam atuar legitimamente dentro de um âmbito previamente determinado.²⁵⁹

A teorização do referido modelo de constituição foi levada a efeito especialmente por Alexandre Hamilton e James Madison em *O Federalista*.²⁶⁰ Trata-se de um conjunto de artigos escritos por Alexandre Hamilton, John Jay e James Madison e publicados em quatro periódicos americanos, a partir de agosto de 1787, transformados, depois, em livro, em 1788. Com esses textos, os autores pretendiam defender o projeto de constituição redigido para a Filadélfia, assim como os limites da Constituição e os benefícios da União.²⁶¹ Um dos temas defendido por Hamilton foi a necessidade de um governo a um só tempo nacional e forte, cujas instituições deveriam fundar-se no poder constituinte do povo americano.²⁶²

Madison, por sua vez, teorizou acerca da distinção entre regime democrático e regime republicano, realizando, assim, a conexão entre os dois regimes e fundando a noção de democracia dos modernos, democracia representativa, ou democracia liberal.²⁶³ Para ele, a

²⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 106-107. Como explica o autor, sob este ponto de vista, cultura historicista e iusnaturalismo se aproximam até confundir-se, convertendo-se em uma única doutrina na qual sobressai a prioridade dos direitos em relação aos poderes públicos. Assim é que, na Declaração de independência, bem como, mais tarde, nas constituições dos diferentes Estados, a proclamação dos direitos naturais individuais se confunde e se mescla com a constante reivindicação dos precedentes históricos da tradição britânica, que tem seu ponto de partida no art. 39 da *Magna Carta* e fundamenta a tutela das liberdades sobre o primado do devido processo legal, na linha do binômio: liberdade-propriedade. Daí compreender-se a grande influência de Locke na revolução americana, o qual, em virtude do caráter ambivalente do seu pensamento, é reconhecido como um dos fundadores do iusnaturalismo moderno, ao mesmo tempo em que pode também ser considerado herdeiro legítimo da tradição medieval da limitação do poder político. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 83-84)

²⁶⁰ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

²⁶¹ MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 210-211; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 107.

²⁶² HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 223.-231; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 107.

²⁶³ Conforme Matteucci, *O federalista* contém um exame preciso e pontual dos pontos nucleares do texto da Constituição americana e significa um progresso no desenvolvimento do pensamento político por dois motivos: a sistemática de análise e a novidade dos critérios interpretativos. Afirma o autor que é na referida obra que se pode encontrar o clássico do constitucionalismo americano. (MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 205, 216.) Para Benjamin Fletcher, “O Federalista não pretendia ser um tratado sistemático de filosofia política e constitucional, no qual são cuidadosa e imparcialmente examinados tópicos tais como a natureza e as origens do Estado e do governo, a natureza da lei e da soberania, os fundamentos dos deveres políticos ou as razões para obediência à autoridade constituída e o escopo e limitações do poder político. Todavia, O federalista, considerada a sua época, apresenta

democracia, na sua forma pura, deve ser entendida como “uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente”. Já a república, é o governo que se realiza por meio da representação.²⁶⁴ Numa democracia, diz Madison, “o povo constitui e exerce pessoalmente o governo; na república, o povo se reúne e a administra através de seus representantes e agentes; como consequência, uma democracia ficará confinada a um pequeno espaço, enquanto uma república pode estender-se a uma larga região”.²⁶⁵

Com efeito, de acordo com Fioravanti, o regime republicano teorizado por Madison contém em si uma opção democrática, porquanto se expressa por meio de uma constituição que tem seu fundamento no poder constituinte do povo soberano. O que a constituição republicana não comporta são formas puras de governo democrático que se *reconetan a un único principio inspirador y desemboca necesariamente en constituciones orientadas a concentrar los poderes, en geral, en la asamblea de los representantes del pueblos*.²⁶⁶ Destarte, o federalista propugnava por uma constituição republicana que fosse, ao mesmo

uma análise de suas ideias políticas e constitucionais melhor do que qualquer outro livro escrito na América”. (WRIGHT, Benjamin Fletcher. Introdução. In: HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 20.

²⁶⁴ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 151.

²⁶⁵ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 173. A posição de Madison se aproxima da Rousseau. Não obstante esse tenha manifestado certa preferência pela democracia direta, ainda que enquanto modelo ideal, não adotou quanto a ela uma posição utópica, porquanto sabia que para a sua consecução seriam necessárias determinadas condições que a tornava impraticável nas sociedades modernas. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 53; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 42-43; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 73) O filósofo genebrino chegou a afirmar que rigorosamente nunca existiu, nem nunca existirá uma verdadeira democracia, porquanto seria “contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado”. Para ele, seria difícil imaginar que o povo pudesse se reunir para cuidar dos negócios públicos, não sendo fácil tampouco estabelecer comissões para isso sem mudar a forma de administração: “na verdade, julgo assentar em princípio que quando as funções do governo estão divididas entre muitos tribunais, tarde ou cedo adquirem maior autoridade os menos numerosos, quando mais não fosse pela facilidade de expedir os negócios, que naturalmente os conduz a essa primazia”. Ademais, um governo democrático na sua forma pura, ou seja, um regime de democracia direta exigiria, para sua viabilidade: a) um Estado pequeno, em que fosse fácil reunir o povo e em que cada cidadão pudesse conhecer todos os demais; b) uma grande simplicidade no tocante aos costumes, inibindo, assim, um grande número de assuntos que dificultaria as discussões; c) um elevado nível de igualdade em relação às classes e às fortunas, sem o que restaria comprometida a igualdade nos direitos e na autoridade; d) pouco ou nenhum luxo, uma vez que este é consequência do excesso de riqueza ou a torna necessária. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 71. Ver também a respeito: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 53-54; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 73) Tais exigências levaram o filósofo a concluir não apenas pela impossibilidade, mas também pela sua inconveniência: “se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente; mas aos homens não convém tão perfeito governo”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 72)

²⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 107.

tempo, democrática no que se refere a seu fundamento, e moderada e equilibrada no que se refere aos poderes nela previstos e disciplinados.²⁶⁷

Em termos práticos, significa dizer que era necessário compatibilizar democracia com separação de poderes, já que esta última perspectiva restaria inviabilizada na hipótese de uma constituição puramente democrática.²⁶⁸ Isso permitiu a instituição de um sistema de freios e contrapesos, consistente no sistema bicameral, no veto presidencial e no necessário consenso do senado em relação a certos atos do presidente da república etc.²⁶⁹ Importa ressaltar que, com esses argumentos, Madison procurava responder as críticas dos antifederalistas que acusavam os constituintes de terem violado o princípio da separação de poderes, ao permitirem a interferência do executivo na esfera de competência do legislativo, através do poder de veto, assim como a invasão da esfera do executivo, por meio da exigência de consenso do senado em relação a determinados atos do presidente.

Como anota Madison, “uma das principais objeções apresentadas pelos mais respeitáveis adversários da Constituição é a sua suposta violação da máxima política segundo a qual os ramos legislativos, executivo e judiciário devem ser separados e distintos”; afirmavam eles que na estruturação do governo federal parecia não haver-se considerado essa precaução indispensável à tutela da liberdade: “os vários setores do governo são distribuídos e

²⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 107. Anota Matteucci, que no início da história colonial acha-se a democracia direta. Porém, logo o sistema representativo se instaurou sem maiores obstáculos, promovendo, assim, a ampliação do corpo político, dentre outros aspectos, pela existência de amplos espaços que impediam a prática de consultas diretas. Lembra, todavia, o autor, que na prática constitucional americana se manteve a democracia direta em pequenas cidades ou comunidades locais, nas quais as assembleias de cidadãos elegem os seus magistrados. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 20). Por sua vez, esclarece Fioravanti, que nos anos imediatamente seguintes à Declaração de independência, houve a tendência a uma difusa ideologia republicana assentada numa concepção de democracia radical, pressupondo a existência de um povo virtuoso que desconfia dos poderes constituídos e se mantém mobilizado contra os governantes em defesa dos seus direitos. Passado o tempo, com a interpretação do processo revolucionário em seu conjunto, percebeu-se que aquele modelo que intentava combinar republicanismo e democracia radical, poderia conduzir, no âmbito das instituições, a uma nova concentração de poderes nas mãos das assembleias e, por conseguinte, a uma nova forma de depotismo, uma vez que ditas assembleias, depositárias da legitimação democrática, detinham o poder de nomear todos os administradores, além dos juízes, exercendo, assim, extraordinários poderes de intervenção na sociedade civil. Percebeu-se, dessa forma, a necessidade de recuperar o ideal britânico do governo equilibrado e moderado, com o poder de veto por parte do executivo e a independência do judiciário em relação aos demais poderes. Surgiu a percepção segundo a qual a doutrina republicana e democrático-radical da representação explícita dos interesses, visava única e exclusivamente negar representatividade ao Parlamento inglês e suas pretensões de dominação política. Com as pretensões de onipotência provindo agora das assembleias, retomaram a vocação inicial da revolução, com a crítica a toda forma de onipotência parlamentar e a defesa dos velhos instrumentos britânicos do governo equilibrado e moderado, a saber: “la independencia de los juices y la autónoma autoridad del ejecutivo, aunque ya no de carácter monárquico”. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 88-89)

²⁶⁸ Na verdade, o que se procurava era compatibilizar constitucionalismo e democracia, por meio da técnica dos freios e contrapesos, cabendo ao judiciário conter o poder popular, através do mecanismo do controle de constitucionalidade, que haveria de ser instituído.

²⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 107-108.

misturados de tal maneira que desde logo destroem-se a simetria e a beleza da forma, expondo-se algumas das partes essenciais do edifício ao perigo de ruína ante ao peso desproporcional das outras partes”.²⁷⁰

Madison compactuava com essa preocupação, isto é, reconhecia na separação de poderes um mecanismo destinado à garantia das liberdades. Todavia, para o federalista, somente a acumulação de todos os poderes nas mãos de um, de poucos ou de muitos cidadãos, seja por hereditariedade, nomeação ou eleição poderia, legitimamente, ser considerada como configuradora de tirania. Com efeito, segundo Madison, a afirmação da exigência de separação absoluta entre os diferentes ramos do poder decorria de uma interpretação equivocada de tal doutrina: “estou certo de que todos perceberão que a crítica é improcedente e que a máxima em que ela se apoia foi inteiramente mal-interpretada e mal-aplicada”.²⁷¹ E acrescenta: “o aforismo político então analisado não exige que os ramos: legislativo, executivo e judiciário sejam totalmente desconectados uns dos outros”.²⁷²

De acordo com Fioravanti, Madison demonstra com seus argumentos a favor de um sistema de freios e contrapesos que, numa constituição republicana, o princípio da separação de poderes não pode ter uma conotação meramente abstrata, devendo, antes, permitir um equilíbrio concreto entre os poderes, de modo a que se obtenha um resultado de conjunto do governo limitado. Assim, esclarece o jurista italiano, aquilo que para os antifederalistas parecia uma intromissão de um dos poderes na esfera de atuação do outro, era, na verdade, o que mantinha cada poder no seu âmbito de atuação, seguindo, dessa forma, a teorização montesquieuniana segundo a qual o poder freia o poder.²⁷³

De fato, para Madison, a repartição de atribuições, isto é, a atuação em separado e de forma distinta dos diferentes ramos do poder era admitida por todos como “essencial à preservação da liberdade”.²⁷⁴ Segundo ele, existia a “concordância geral no sentido de que os poderes específicos de um dos ramos não devem ser direta e integralmente exercidos por qualquer dos outros dois” e que nenhum dos poderes “deve possuir, direta e indiretamente,

²⁷⁰ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 393.

²⁷¹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 393-394.

²⁷² HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401. Conforme demonstrado no quinto capítulo, Madison chega a essa conclusão a partir de uma reinterpretação da doutrina da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu. que, por sua vez, parte da doutrina de Locke sobre o mesmo tema.

²⁷³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 108.

²⁷⁴ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417.

uma influência dominante sobre os demais”.²⁷⁵ Por outro lado, não se pode negar que “o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido”, a fim de que permaneça dentro dos limites que lhe foram fixados.²⁷⁶

O governo, acrescenta Madison, é o maior de todos os reflexos da natureza humana: se os homens fossem anjos, não havia necessidade de governo; se fossem governados por anjos, não havia necessidade de nenhuma forma de controle; ao instituir-se um governo, composto por homens que exercerão autoridade sobre seus semelhantes, a grande dificuldade que se apresenta consiste em habilitar o governante a controlar o governado e controlar a si mesmo.²⁷⁷ Sendo assim, estabelecidas, do ponto de vista teórico, as diferentes categorias de poder, a difícil tarefa de “prover para cada um deles com certa segurança prática contra invasões por parte dos outros” constitui o grande problema a ser solucionado:²⁷⁸ “uma simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos não constitui uma barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos”, configuradora de um poder despótico.²⁷⁹

Analisando dita questão, conclui Madison que, mantido o entendimento segundo o qual a separação deve ser absoluta, tal princípio tornar-se-ia inviabilizado na prática. Em suas palavras: “o grau de separação que aquele aforismo político requer, como essencial a um governo livre, jamais poderá ser devidamente mantido na prática”. Nessa perspectiva, dito princípio só será passível de concretização se os diferentes “ramos forem de tal modo entrelaçados para que cada um possa exercer um controle constitucional sobre os outros”.²⁸⁰

Como se pode inferir das ideias de Madison, paradoxalmente, o entrelaçamento entre os diferentes ramos do poder é o que viabiliza a separação. Ou, por outras palavras, o entrelaçamento decorre exatamente da necessidade de garantir a esfera de atuação de cada um dos ramos do poder. Mais do que isso: tudo foi pensado como forma de proteger as liberdades ou, simplesmente, os direitos fundamentais. Nesse sentido, referindo-se ao modelo de freios e contrapesos, adotado no sistema americano, afirma nosso autor que, “numa república isolada,

²⁷⁵ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401.

²⁷⁶ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401.

²⁷⁷ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 418.

²⁷⁸ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401.

²⁷⁹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 403-405.

²⁸⁰ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401.

todo poder é outorgado pelo povo à administração de um único governo, evitando-se a usurpação por meio da divisão do governo em ramos distintos e independentes”. Todavia, prossegue ele, na totalidade das repúblicas da América, “o poder outorgado pelo povo é inicialmente repartido entre dois governos distintos e separados; assim, resulta uma dupla segurança para os direitos do povo: os dois governos se controlam mutuamente e, ao mesmo tempo, cada um é controlado por si mesmo”.²⁸¹

Do que foi dito até aqui, ficam evidenciados, no constitucionalismo estadunidense, os dois elementos constitutivos do conceito de constitucionalismo referidos no início e reafirmados no modelo teórico de Locke, anteriormente apresentado: os direitos fundamentais e a separação de poderes. Além do mais, fica ressaltado o caráter normativo, a supremacia e a rigidez da constituição. Nesse sentido, assevera Campuzano, que o constitucionalismo americano gravita em torno da supremacia da constituição, cujo valor normativo fica excluído de qualquer pretensão expansionista por parte do legislador. Para o jurista espanhol, a Constituição norte-americana se constrói sobre duas ideias fundamentais: “o conceito de limitação do poder, que ocupa um lugar primordial na Carta Magna através da consagração dos direitos fundamentais, e um sistema de equilíbrio de poderes – *check and balances* – que trata de debilitar sua eventual concentração”.²⁸²

Na verdade, não existe a diferença sugerida pelo autor: direitos fundamentais e separação de poderes, juntos, constituem a técnica de limitação de poder inerente ao constitucionalismo moderno. Nesse sentido, debilitar a concentração de poder por meio de freios e contrapesos, como sugere Campuzano, não significa outra coisa que não limitar o poder político: o poder freia o poder. Sendo assim, pode-se afirmar que o constitucionalismo americano assentou-se não em duas, mas em uma ideia fundamental: a limitação do poder, através de dois mecanismos: os direitos fundamentais e a separação de poderes, agora, conectada à democracia.

²⁸¹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 419. Como recorda Miguel, já nas primeiras declarações de direitos dos primeiros Estados americanos, assim como na própria Constituição federal de 1787, adota-se um instrumento tipicamente liberal, qual seja, os freios e contrapesos, destinado a promover o equilíbrio entre os distintos poderes, como forma de limitação do Estado para uma maior proteção dos direitos dos indivíduos. Lembra, ainda, o autor espanhol, que esses freios e contrapesos se organizaram ali não somente no que se refere à divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário, inclusive dentro do próprio legislativo, entre as duas câmaras federais, mas também em âmbito territorial, no que se refere aos diferentes Estados federados e o Estado federal, cujo poder se limita ao expressamente delegado. (MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 284-285)

²⁸² JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

Com efeito, reafirma-se aqui, o que se sustentou alhures: direitos fundamentais e separação de poderes são elementos que conformam o conceito de constitucionalismo, entendido este como “técnica de limitação de poder com fins de garantia”, sendo certo que, a técnica dos freios e contrapesos, fora concebida, ela mesma, como forma de garantia dos direitos: separação de poderes significa, portanto, técnica de tutela dos direitos fundamentais. Foi exatamente isso que ficou evidenciado tanto na teorização levada a cabo por Locke, conforme demonstrado acima, quanto na interpretação daquele aforismo político realizada por Madison, que o fez a partir de Montesquieu, consoante demonstrado no penúltimo capítulo.

Por outro lado, como recorda Campuzano, a dimensão garantística da tradição constitucional americana só se completaria com a instituição do controle de constitucionalidade das leis.²⁸³ Não obstante a consideração da própria constituição como instrumento de garantia de limitação do poder estatal e de respeito aos direitos individuais, inclusive em relação ao legislador, já se fazendo anunciar tal supremacia nas primeiras emendas, que impunham proibições ao poder público diante de tais direitos, além da consagração de complexos procedimentos para sua reforma, o controle de constitucionalidade não estava previsto expressamente na Carta e somente se desenvolveu a partir de 1803, com a sentença proferida no caso *Marbury vs. Madison*, pelo juiz Marshall, o qual reconheceu a competência da Suprema Corte e estabeleceu as premissas para a sua realização.²⁸⁴

Convém ressaltar, todavia, que o controle de constitucionalidade já estava presente nas cogitações durante todo processo revolucionário, conforme assinalado acima, e fora teorizado em *O federalista*, não apenas no que se refere à sua necessidade, mas também sobre qual dos ramos do poder deveria recair tal incumbência, e sobre os limites de sua atuação. Com efeito, no tocante ao primeiro aspecto, dizia Hamilton não existir posição apoiada em princípio mais claro do que aquela que afirma a necessidade de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada que esteja em desacordo com as determinações de quem delegou: “consequentemente, não será válido qualquer ato contrário à constituição; negar tal evidência

²⁸³ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

²⁸⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 285; *Constitucionalismo y democracia. Isonomia*, Madrid, n. 21, p. 51-84, Oct. 2004. p. 52; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 69; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26; FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 76.

corresponde afirmar que o representante é superior ao representado; que os delegados do povo estão acima do próprio povo”.²⁸⁵

No que diz respeito à competência, explica Fioravanti que, em *O federalista*, o legislativo é considerado o poder mais temido, uma vez que cabe a ele as prerrogativas mais relevantes.²⁸⁶ De fato, de acordo com Madison, “o legislativo está, por toda a parte, estendendo a esfera de suas atividades e abarcando todo o poder com seus ambiciosos tentáculos”; sua superioridade decorre, dentre outros aspectos, do fato de ter “acesso ao bolso do povo e, em algumas constituições, inteira liberdade a esse respeito”, desfrutando, em todas elas, da uma privilegiada influência sobre a remuneração dos funcionários integrantes dos demais poderes, acentuando, dessa forma, a dependência destes e ampliando as suas possibilidades de usurpação.²⁸⁷

Nesse sentido, acrescenta o federalista, existe uma tendência do legislativo em absorver os demais poderes: “os representantes do povo numa assembleia popular às vezes parecem acreditar que são o próprio povo”. Além disso, apresentam dificuldades para aceitar algum tipo de oposição, venha ela de onde vier, e, por desfrutarem da qualidade de representantes do povo, muitas vezes agem de modo a tornar difícil o equilíbrio estabelecido no texto constitucional.²⁸⁸

Por sua vez, afirmava Hamilton que, num governo orientado pelo princípio da separação de poderes, o judiciário seria sempre o menos perigoso para os direitos previstos na constituição, porquanto é o poder que dispõe de menor capacidade de ofendê-los. E, embora possa eventualmente provocar algum tipo de lesão a direitos, a liberdade geral do povo jamais poderia ser por ele ameaçada.²⁸⁹ Sendo assim, para o federalista, as cortes de justiça devem ser consideradas “o baluarte da constituição limitada”, com a finalidade de protegê-la face às usurpações do legislador.²⁹⁰ Contudo, Hamilton não desconhecia as críticas dirigidas à

²⁸⁵ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 578.

²⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 108.

²⁸⁷ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 403.

²⁸⁸ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 539.

²⁸⁹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 576. No mesmo sentido: MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 39.

²⁹⁰ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 579. Nas palavras de Matteucci, em *O Federalista*, o poder judiciário deve ser a expressão da majestade nacional. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215).

competência das cortes para declarar nulos os atos emanados do legislativo que fossem incompatíveis com a Constituição. Tais críticas partiam do pressuposto segundo o qual dita prática implicaria uma superioridade do judiciário em relação àquele poder: “argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a essa outra”.²⁹¹

A essa objeção, o federalista respondia afirmando que, se não se pode admitir que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes, e nem seria uma hipótese natural deixar a cargo dos congressistas a tarefa de “juízes constitucionais dos seus próprios poderes”, seria mais racional supor que “as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgãos intermediários entre o povo e o legislativo”, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para a sua atuação. Ou seja, para Hamilton, o papel do judiciário em relação ao legislativo é de um contrapoder.

Além disso, aludia o federalista que, se o campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis, há que se considerar que “uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes”. Sendo assim, cabe a estes a interpretação dos seus dispositivos, assim como de quaisquer resoluções do legislativo. Com efeito, em caso de discrepância entre as duas espécies legislativas, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária. Ou seja, a vontade do povo deve sobrepor-se à dos seus agentes.²⁹²

Contudo, esclarece o autor, “essa conclusão não deve significar uma superioridade do judiciário sobre o legislativo; somente supõe que o poder do povo é superior a ambos”. Assim, sempre que a vontade do legislativo, traduzida nas suas leis, contrariar a vontade do povo, manifestada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, “pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”.²⁹³ Ademais, para Hamilton, era procedente o temor de que os juízes, sob determinado pretexto, possam interferir arbitrariamente na esfera de competência do legislador, afastando a aplicação de uma determinada lei. Advertia, porém, o federalista, que cabe ao juiz estabelecer o sentido da lei e não substituir o ato de julgar por um ato de vontade, tentando sobrepor seu desejo ao do legislador. Tal situação, diz ele, tornaria

²⁹¹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 577-578.

²⁹² HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 578.

²⁹³ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 578.

sem sentido a regra da separação de poderes: “se tal procedimento fosse válido, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao poder legislativo”.²⁹⁴

Com efeito, anota Fioravanti que, como se infere de *O federalista*, a instituição de uma justiça constitucional é algo quase que obrigatório na proposta de uma constituição republicana, porquanto a finalidade precípua desta, como dito acima, consiste em evitar que os representantes do povo confundam sua própria vontade com a lei fundamental, recordando àqueles que dita lei é superior não apenas a eles, senão a todo e qualquer outro poder constituído. Sendo assim, pontua o autor italiano, os juízes, no momento em que declaram nula uma lei inconstitucional, não estão afirmando sua superioridade em relação ao poder legislativo, mas devem considerar-se um instrumento do qual a constituição se serve para reafirmar a sua superioridade em relação às leis ordinárias. Por outras palavras, para reafirmar a superioridade *del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría de turno*.²⁹⁵

Ressalta o autor que, em definitivo, o controle de constitucionalidade afigura-se como essencial e mesmo indispensável não apenas como mecanismo destinado à proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias contra eventuais arbitrariedades do legislador e, portanto, da maioria, como de resto afirmava o próprio Hamilton, mas também para impedir que um dos poderes, sobretudo, aquele considerado o mais forte, possa pretender ocupar todo o espaço da constituição, identificando-se, assim, como seu fundamento primeiro, a saber: o próprio povo: *es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano*.²⁹⁶

Além disso, convém ressaltar com Matteucci que, o fato do poder judiciário não dispor nem de força nem de vontade, conforme propugnado em *O Federalista*, faz com que o papel reservado à jurisdição, no constitucionalismo americano, identifique-se com o modelo de separação de poderes teorizado por Montesquieu. Porém, acrescenta-se um dado novo: a independência do poder judiciário em relação aos demais poderes provém, agora, da rigidez constitucional: se a constituição é rígida, o legislador é limitado e tal limitação só pode ser eficaz mediante a intervenção dos tribunais.²⁹⁷ É essa nova forma de conceber a função jurisdicional, encarregada, agora, de garantir a rigidez constitucional, que faz surgir, com o

²⁹⁴ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 579.

²⁹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 109.

²⁹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 109.

²⁹⁷ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215.

constitucionalismo americano, uma nova forma de governo: “la democracia constitucional”.²⁹⁸ Significa dizer que, para além do novo papel conferido à jurisdição, no constitucionalismo americano a teoria de Montesquieu aparece vinculada a uma específica concepção de democracia, conforme referido acima.

De fato, como lembra Fioravanti, analisando bem a experiência constitucional americana em seu conjunto, é possível constatar que ela procura conciliar *la tradicional experiencia del constitucionalismo con la novedad de la soberanía popular*; conciliar constitucionalismo e democracia. Sem essa conciliação, ambos os movimentos restariam inviabilizados. Segundo ele, a experiência constitucional inglesa revelara que, na ausência de uma constituição escrita, fundada no poder constituinte do povo soberano e, portanto, no princípio democrático da soberania popular, capaz de estabelecer com precisão os limites ao poder político, o constitucionalismo estava fadado a transformar-se numa busca de equilíbrio dentro de um parlamento autoproclamado soberano: o constitucionalismo sem democracia resultava em absolutismo parlamentar; a democracia sem constitucionalismo conduzia à concentração do poder na assembleia dos representantes do povo, destruindo, dessa forma, a ideia de supremacia da constituição.²⁹⁹

Por fim, afirma-se que no modelo americano ganhou contornos inovadores a ideia de império do direito. De tal ideia decorre aquilo referido pela doutrina como “essência do constitucionalismo americano” e que estabelece os contornos de um Estado constitucional, que apresenta como características: a) o direito do povo de estabelecer uma constituição escrita, concebida como lei superior, a qual estabelece os esquemas essenciais do governo e seus respectivos limites, incluindo-se dentre estes os direitos e liberdades dos cidadãos; b) a associação entre a juridicidade do poder e a justificação do governo na qual não é suficiente invocar qualquer representação ou iluminismo de qualquer monarca esclarecido: “as razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições”.³⁰⁰ Desde esse ponto de vista, tem-se um governo subordinado à lei, assim entendida como “um esquema regulativo consistente e coerente formado pelo conjunto unificado de princípios de justiça e de direito [...] explicitados na constituição”; c) a existência de tribunais que devem atuar em nome do povo nos quais este deposita sua confiança no tocante à “preservação dos princípios de justiça e dos direitos

²⁹⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215.

²⁹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 109-110.

³⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 95.

condensados na lei superior”, podendo, se necessário, lançar mão da constituição a fim de justificar a não aplicação de leis consideradas inconstitucionais, declarando tais leis nulas.³⁰¹

Em suma, pode-se inferir do constitucionalismo americano não apenas aqueles elementos, algumas vezes referidos, que conformam o conceito de constitucionalismo moderno, entendido como técnica de limitação do poder com fins de garantia: os direitos fundamentais e a separação de poderes. Trata-se de um sistema que, além disso, inclui, como mecanismo de garantia dos direitos, ao lado dos freios e contrapesos, o controle de constitucionalidade, individualizando e delimitando, ademais, o âmbito de atuação daquele ramo do poder encarregado da sua realização, procurando, dessa forma, evitar decisionismo, ao conceber a interpretação como ato de conhecimento e não como ato de vontade, denotando a preocupação em manter o juiz, tal qual o legislador, dentro dos limites estabelecidos pela constituição, impedindo, assim, não apenas a existência de poder despótico, mas também toda forma de absolutismo.

Além disso, ao assentar no elemento democrático e na rigidez constitucional, com a instituição do respectivo mecanismo destinado a garantia de tal rigidez, o modelo americano de constituição criara as condições que permitem a adequada tutela de todos os direitos fundamentais, mormente por adotar o controle difuso de constitucionalidade. Como anota Zagrebelski, o constitucionalismo americano se desenvolveu desde o início sobre a exigência de tutela imediata dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional: a tutela dos direitos e não outra coisa constitui a razão de ser do sistema de justiça constitucional americano.³⁰² Assim é que, como aduz Fábio Comparato, no constitucionalismo americano, a declaração de direitos significou o ato inaugural da democracia moderna, a qual promoveu a combinação, sob a égide de uma constituição escrita, da “representação popular com a limitação do poder e o respeito aos direitos humanos”.³⁰³

3.4. Emmanuel Sieyès e o constitucionalismo francês: um constitucionalismo sem constituição

Assim como o constitucionalismo estadunidense, também o constitucionalismo europeu-continental afastou-se do modelo inglês, ainda que tenha tomado um caminho

³⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 95-96.

³⁰² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 62.

³⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

completamente diferente daquele trilhado pelos colonos americanos.³⁰⁴ De acordo com Gomes Canotilho, a narrativa historicista que explica como se chegou à noção de constituição entre os ingleses, não ofereceu todos os elementos necessários à caracterização de um “constitucionalismo continental”. Este adotou como paradigma o constitucionalismo emergente da Revolução francesa, que o autor qualifica como um modelo individualista de constituição, no interior do qual desenvolveram-se novas categorias políticas, como as ideias de nação, soberania nacional, poder constituinte, e que pode ser explicado a partir do caráter ruptural do referido movimento revolucionário em relação àquele primeiro modelo.

Dito caráter ruptural pode ser entendido sob duas perspectivas, as quais guardam entre si uma relação de complementaridade. A primeira decorre do fato de que, enquanto a “sedimentação histórica do tipo inglês não rompera totalmente com os esquemas tardo-medievais dos direitos estamentais”, os franceses pretendiam “edificar uma nova ordem” assentada na ideia de direitos naturais dos indivíduos em contraposição às vantagens ou às posições subjetivas daqueles enquanto membros de determinado estamento. Para os revolucionários franceses, diz Gomes Canotilho, os direitos eram concebidos como direitos individuais no sentido de que “todos os homens nascem livres e iguais em direitos, e não naturalmente desiguais por integração, segundo a ordem natural das coisas, num dado estamento”.³⁰⁵

Nesse contexto, para além da proteção da liberdade e da propriedade em face do poder político, a defesa dos direitos significava também “um gesto de revolta contra os privilégios” de certos senhorios, como sejam: os juízes, os meirinhos, os almoxarifes, os lordes etc., o que evidenciou-se no uso da expressão *ancien regime*, indicativa do predito caráter ruptural do referido movimento revolucionário, o qual propugnava pela criação de uma nova ordem social e não por uma “adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história”.³⁰⁶

A segunda perspectiva é uma consequência da natureza não estamental do sistema de direitos postulado pelos franceses, conforme já indicado acima, e envolve o tema da fundação e da legitimação do poder político. Segundo Comes Canotilho, os ingleses desenvolveram a

³⁰⁴ Como ficou explicitado acima, o modelo americano avançou em relação ao modelo britânico, não apenas pela adoção de uma constituição escrita, mas pela fórmula do poder constituinte que permitiu a ideia de supremacia e rigidez da Constituição e, como consequência, a ampliação dos mecanismos de garantia dos direitos. Em suma: das técnicas de limitação do poder com fins de garantia.

³⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 56.

³⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 56-57. Sobre o caráter ruptural do constitucionalismo francês ver também FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 71.

ideia de um governo limitado e moderado, portanto, de uma constituição mista. Contudo, ainda que tenham discutido, não esclareceram suficientemente “uma questão fundamental da modernidade política”: como seria possível aos homens livres e iguais darem a si mesmos “uma lei fundamental”. Na linha do pensamento hobbesiano e de outros autores contratualistas, anota o jurista português, os revolucionários franceses partiram da ideia segundo a qual a ordem dos homens livres é um artifício humano, resultado de um ato de vontade pactuado pelos indivíduos: “a ordem política é querida e conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais”.³⁰⁷

Em suma, infere-se da análise empreendida por Canotilho, que dois traços distinguem o modelo historicista de constitucionalismo inglês do modelo individualista francês-europeu-continental: a) a afirmação dos direitos do homem como direitos naturais individuais, em contraposição a um sistema de direitos estamentais ou, simplesmente, um sistema de privilégios; b) o caráter artificial e contratual da ordem político-social. A conexão entre esses dois elementos conduz a uma terceira característica do constitucionalismo revolucionário francês, referida por Gomes Canotilho como “construtivismo político-constitucional”: trata-se da necessidade de um documento escrito, que funcionasse ao mesmo tempo como instrumento de garantia dos direitos e de conformação do poder político. Emerge, daqui, aquela que o autor considera a mais moderna categoria do constitucionalismo, qual seja: o poder constituinte, assim entendido o poder originário cuja titularidade pertence à nação, sendo o único que, “de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição”.³⁰⁸

No modelo francês adquire centralidade política a ideia de nação, titular do poder constituinte, exercido por meio de uma assembleia. A nação detém o poder de instituir uma nova ordem político-social ao mesmo tempo dirigida ao futuro e ruptural no que se refere ao *ancien regime*. Trata-se de um poder “originário, autónomo e absoluto” o qual, na qualidade de sujeito-titular, pode dispor da ordem política e social. Como decorrência, anota Gomes Canotilho, a ideia de nação permitiu ao assim designado Estado-nação resolver, a um só

³⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 57-58.

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 57-58. De forma mais genérica, Canotilho define poder constituinte como sendo o poder que se revela como tal, ou seja, “como uma força ou autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 65) Já para Fioravanti, poder constituinte é “a realidade primária e originária da experiência constitucional”. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 90)

tempo, três questões de natureza política: a) a forma de legitimação do poder; b) a transformação do Estado moderno numa república democrática; c) e a instituição de “uma nova solidariedade entre os cidadãos politicamente ativos na construção e integração da nova ordem social”.³⁰⁹

Segundo ele, idealizada por Sieyès, a fórmula constituinte estava associada à luta contra a monarquia absoluta; seus pressupostos fundamentais consistiam em que: a) o poder constituinte é um poder originário e soberano que tem como titular a nação; b) a nação desfrutava de plena liberdade para estabelecer uma constituição, já que não estava sujeita a formas, limites ou condições preexistentes.³¹⁰ Nesse sentido, dita teoria seria ao mesmo tempo desconstituente e reconstituente, porquanto dirigida contra o poder monárquico, o qual, uma vez abolido, impunha a reconstrução da ordem jurídico-política. Assim entendido, diz Gomes Canotilho, o poder constituinte da nação passa a ser informado pela “ideia criadora e projetante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição”. Com efeito, poderes conformados e regulados por esta constituição seriam considerados poderes constituídos.³¹¹

Sendo assim, de acordo com o mestre coimbricense, no constitucionalismo francês, a ideia de Estado de direito, em termos teóricos, assentou-se na proposta de “uma ordem jurídica hierarquizada”, em cujo vértice achava-se a Declaração de direitos, de 26 de agosto de 1789, a qual consagrava os direitos naturais do homem. Dita Declaração era, ao mesmo tempo, supra e pré-constituição já que, de um lado, estabelecia uma disciplina que vinculava a própria constituição e, de outro, precedeu, em termos cronológicos, à elaboração da lei superior. A constituição situava-se, pois, num plano imediatamente inferior à Declaração e imediatamente superior à lei; a esta última, ou seja, à lei, deviam ficar submetidos todos os atos do executivo.

Para Canotilho, esta ainda é a estrutura que serve de paradigma para os Estados constitucionais contemporâneos. Contudo, do ponto de vista prático, aquilo que representava a ideia de um Estado constitucional acabou se convertendo na ideia de um mero Estado legal, estabelecendo-se a primazia da lei a partir da doutrina da soberania nacional manifestada por meio da assembleia legislativa. Com a afirmação do primado da legalidade, pretendia-se

³⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 71-72.

³¹⁰ Aqui já se pode observar uma diferença fundamental com relação ao modelo lockeano, porquanto naquele a associação nasce limitado pelos direitos pré-sociais e com a finalidade precípua de garantir esses mesmos direitos.

³¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 73

impor limite ao poder político sob duas diferentes perspectivas. Por um lado, os cidadãos teriam a garantia de que a lei seria produto do legislativo enquanto órgão representativo da vontade geral; por outro, por ser emanção dos representantes da nação, a lei desfrutava de uma dignidade que lhe atribuía a qualidade de fonte do direito hierarquicamente superior à própria constituição.³¹²

Tem-se, além disso, em consequência da lei como produto da vontade geral, a generalidade da própria lei, necessária à afirmação do princípio da igualdade formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei, que atuava como forma de repúdio às velhas estruturas de privilégios características do antigo regime.³¹³ Tudo isso fez com que, no constitucionalismo francês, ocorresse uma situação considerada paradoxal, na qual a supremacia da constituição acabou sendo neutralizada pela primazia da lei, exurgindo daí a referência ao Estado de direito francês como um Estado legal ou Estado de legislativo, no qual verificou-se uma relativa eficácia do princípio da legalidade no que se refere ao âmbito da administração, incapaz, porém, de compreender o sentido de supremacia da constituição ao modo do que se passara no constitucionalismo americano.

Por conseguinte, verificou-se também, nas palavras de Gomes Canotilho, uma insensibilidade no que diz respeito à força normativa dos direitos e liberdades reconhecidos na própria Declaração de 1789. Com efeito, o constitucionalismo francês, enquanto técnica de sujeição do poder político ao direito acabou esbarrando no plano das ideias, deixando a desejar, portanto, no que diz respeito à construção de procedimentos capazes de lhe outorgar operacionalidade prática, dando ensejo a que se possa referir a esse modelo como “um constitucionalismo sem constituição”.³¹⁴

Sem embargo, há que se compreender melhor a interpretação e a pertinente conclusão a que chega o mestre lusitano. Pode afirmar-se que não se trata de um simples problema de ordem prática, que uma leitura rápida pode sugerir, senão de uma questão eminentemente teórica. Veja-se a afirmação do autor segundo a qual aquilo que representava a ideia de um Estado constitucional acabou se convertendo na ideia de um Estado legal, afirmando-se a primazia da lei a partir da “doutrina da soberania nacional” manifestada por meio da

³¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 95-96.

³¹³ Artigo 6º. A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

³¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 96.

assembleia legislativa. Também afirma, que a isso se agrega a concepção da lei como produto da “vontade geral” e a generalidade da própria lei, necessária à afirmação do princípio da igualdade formal, que deveria atuar como forma de repúdio aos privilégios próprios do antigo regime.

Ora, se é assim, o problema da afirmação do primado da legalidade, da ausência de força normativa aos direitos, enfim, da ausência de limites ao poder político reside na “teoria da soberania nacional” e no seu acoplamento à teoria rousseuniana da “vontade geral”. Dito de outro modo, no constitucionalismo francês, sob os pressupostos teóricos da soberania nacional, de Sieyès, e da rousseuniana vontade geral, não havia espaço para “uma ordem jurídica hierarquizada” a partir da força normativa e da supremacia da constituição, como afirma Canotilho, prevalecendo, ao contrário, o dogma da onipotência do legislador. E, repita-se, essa é uma questão teórica e não simplesmente uma questão prática.³¹⁵

Com efeito, em relação à teoria da vontade geral, ficou demonstrado no capítulo anterior que ela, até certo ponto imbricada ao pensamento hobbesiano, não deixou espaço para nenhuma forma de controle do poder político. Nesse sentido, recorde-se com Matteucci, que o conceito de soberania, elaborado pela primeira vez por Jean Bodin, colaborou, em França, não apenas com a formação, mas também com o fortalecimento do Estado absolutista. Com a Revolução, todavia, diz o autor italiano, os democratas conectaram dito conceito ao pensamento de Rousseau e se tornaram seus legítimos herdeiros, limitando-se a substituir o titular, sem, no entanto, modificar o conteúdo: “o povo substituiu o rei”.³¹⁶

De fato, de acordo com Fioravanti, não se pode sustentar que o poder soberano, que Hobbes e Rousseau situaram no centro da constituição dos modernos, fosse por eles configurado como um poder arbitrário. Ambos os filósofos imaginaram um poder reclamado pelos indivíduos para, por meio do pacto social, instituir uma lei certa que fosse capaz, dentre outros aspectos, de criar as condições necessárias para dar forma aos direitos individuais. Não obstante, ressalta Fioravanti, na constituição moderna prefigurada por esses dois teóricos não havia lugar para duas operações típicas do constitucionalismo.

A primeira consiste na separação de poderes, que implica uma divisão do poder soberano e sua distribuição entre uma pluralidade de poderes públicos contrapesados entre si

³¹⁵ Conforme Alfonso Ruiz Miguel, a supremacia da lei como fonte do direito no constitucionalismo francês deu-se a partir de um duplo fundamento: a) a definição de lei na perspectiva rousseuniana como “expressão da vontade geral”; b) a origem de toda soberania na nação. Isso conduziu ao apoderamento por parte do Parlamento da autoridade última e decisiva no que diz respeito à interpretação e desenvolvimento aos direitos dos indivíduos. (MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 286)

³¹⁶ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 258.

e, dessa forma, reciprocamente limitados. Em Rousseau, assim como em Hobbes, lembra o autor, a marca do poder soberano é a sua indivisibilidade. A segunda operação consistia na impossibilidade de impor limites à extensão do poder soberano por meio do reconhecimento de uma lei fundamental dessa natureza, com a finalidade de garantir os direitos dos indivíduos. Isso, de alguma forma, remetia à constituição mista medieval, cuja pluralidade os filósofos pretendiam sepultar. O constitucionalismo, ao contrário, pretende exatamente erigir um poder que seja a expressão da soberania, mas que seja também e, ao mesmo tempo, divisível e limitado.³¹⁷

Por outro lado, no tocante à doutrina da soberania nacional, fica a impressão de que Sieyès efetivamente teorizou a respeito da distinção entre poder constituinte e poder constituído, de modo que daí pudesse resultar a noção de supremacia e rigidez da constituição como mecanismos destinados a impor limites aos poderes públicos. De fato, para Sieyès, as leis constitucionais são chamadas de leis fundamentais “não porque possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não lhes podem tocar”.³¹⁸ Afirmava ele, que “a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte” e que “nenhum tipo de poder delegado pode mudar seja o que for nas condições da sua delegação”, acrescentando, ademais, que “é neste sentido que as leis constitucionais são leis fundamentais”.³¹⁹

Segundo Jorge de Miranda, essa postura teórica de Sieyès, se levada às últimas consequências, poderia ser considerada não apenas como a fundação, senão também como o fundamento tanto do poder político, quanto da ordem jurídica. De acordo com esse postulado, todos os poderes do Estado, assim como todas as normas por ele produzidas teriam que corresponder à constituição, permitindo, assim, que tais atos fossem considerados legítimos e, por conseguinte, reputados válidos. Todavia, diz o mestre português, no âmbito europeu, ao contrário do que se passara do outro lado do atlântico, não se desenvolveu no processo histórico a “formação dos imperativos normativos e dos correspondentes instrumentos conceituais” necessários à consecução desse desiderato.³²⁰

Na verdade, consoante já sublinhado, não obstante a aparente supremacia da constituição inferível da distinção entre poder constituinte e poder constituído, registrada acima, na teorização desenvolvida por Sieyès a respeito da soberania nacional, assim como na

³¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 85-86.

³¹⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 139.

³¹⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 139.

³²⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 165-166.

teoria da vontade geral de Rousseau, não existe espaço para dita supremacia constitucional e consequente limites ao poder do legislador. Como explica Fioravanti, diferentemente dos revolucionários americanos, que conceberam o povo soberano somente como origem e fundamento da constituição, para os franceses, o povo fora concebido em sentido plenamente político como o soberano que por meio da constituição representa e sustenta o processo revolucionário.³²¹

Assim como os americanos, Sieyès põe em destaque a questão dos limites aos poderes constituídos por meio do poder constituinte que cria a constituição. Todavia, sustenta que a mesma constituição que impõe limites aos poderes constituídos não pode, em hipótese alguma, limitar o poder constituinte: a constituição deve disciplinar os poderes instituídos pela revolução, mas não retirar desta a sua força propulsora, ou seja, a soberania.³²² De fato, segundo Sieyès, a nação não pode e nem deve ficar subordinada a uma constituição: “a nação não só não está submetida a uma constituição, como também não pode estar, e não deve estar, o que equivale ainda a dizer que não está”.³²³

Para Sieyès, a nação não pode abrir mão, nem privar-se ao direito de agir conforme sua vontade, podendo, inclusive alterar a constituição sempre que entender necessário, estando, em tais situações, desvinculada de quaisquer limites estabelecidos no texto constitucional: “uma nação não pode nem alienar, nem vedar-se o direito de querer e, seja qual for a sua vontade, não pode perder o direito de mudar sempre que o interesse geral o exigir”. Uma nação, prossegue ele, “não deve nem pode restringir-se a formas constitucionais”. E acrescenta: “a nação é independente de qualquer forma positiva”.³²⁴

Conforme explica Fioravanti, tudo se passa dessa maneira porque o sujeito soberano, isto é, a nação, fora pensada pelo escritor francês, a um só tempo, como artífice da revolução e da constituição. Sendo assim, para Sieyès, a constituição da revolução nada mais seria do que a constituição do povo soberano. Disso decorreriam alguns problemas, dentre os quais o

³²¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 111.

³²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 111-112.

³²³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 140.

³²⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 141-143. Sieyès é insistente quanto a esse aspecto, afirmando em diversas passagens que, “De qualquer maneira que uma nação queira, basta que ela queira; todas as formas são boas e a sua vontade é sempre a lei suprema. [...] “Uma nação é independente de toda e qualquer forma; seja qual for o modo como ela quer, basta que a sua vontade apareça para que todo o direito positivo cesse perante ela, como se estivesse diante da fonte e do senhor supremo de todo o direito positivo. [...] A nação é sempre senhora de mudar a constituição. [...] O direito de decidir sobre a constituição pertence única e exclusivamente à nação, a qual age por meio dos seus representantes, independentemente de qualquer forma ou de qualquer condição. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p 141-146)

mais relevante seria a questão da representação política. Para os americanos a representação cabia ao legislativo enquanto poder constituído, autorizado e limitado pela constituição, já que, como dito acima, o povo soberano fora concebido apenas como origem da constituição. No caso francês, havia a necessidade de transferir para um dos poderes instituídos pela constituição a força originária que se desejava permanente, referida àquele mesmo povo.³²⁵

Dito poder seria o legislativo que, na qualidade de representante do povo soberano, tinha que receber uma configuração cuja dimensão deveria ultrapassar a condição de mero poder constituído.³²⁶ Com efeito, para Sieyès, os representantes ocupam o lugar da própria nação. Cabe a eles regulamentar a constituição, sendo, porém, assim como a nação, totalmente independentes em relação a ela. Para isso, anota Sieyès, basta querer como querem os indivíduos no estado de natureza: desde que atuem em virtude do mandato recebido do povo, sua “vontade comum terá um valor idêntico ao da própria nação”.³²⁷ Como explica Fioravanti, na esteira do pensamento hobbesiano, Sieyès adota uma concepção de mandato representativo, baseado no poder de instituição e de revogação por parte do povo soberano, e enxerga na mesma representação a condição necessária para a existência do mesmo povo enquanto unidade política.³²⁸

³²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 113.

³²⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 113.

³²⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 143-144.

³²⁸ Na história das ideias políticas a noção de representação obedeceu a duas lógicas distintas: a do mandato imperativo e a do mandato representativo: “a representação corresponde ao modelo do mandato reconhecido pelo direito feudal”. Significa que o representante ou eleito fica obrigado por instrução dos representados ou eleitores, sem poder afastar-se delas: “o mandatário põe-se a realizar o ato que o mandante o encarregou de executar”. Trata-se do mandato imperativo, comum no período medieval, que exige que o representante cumpra a promessa feita àquele que o outorgou a quem deve prestar contas. No século XVI, em França, os deputados recebiam do povo esse tipo de mandato. Significa que não possuíam nem autoridade política, nem iniciativa em matéria relacionada ao governo, além de não participarem do poder legislativo. Eram tidos como subalternos no Estado absolutista vigorante à época. Foi Sieyès quem introduziu a modificação conceitual que resultou na ideia de mandato representativo, o qual decorreu da “maturação da noção de democracia como ideal sócio-político”. Nessa perspectiva, a representação deixa de ser, no âmbito do Estado, “um mandato individual, confiado por cada eleitor a um ou a vários eleitos: “trata-se de um mandato coletivo outorgado pelo corpo do povo ao conjunto dos eleitos que o representarão; nessas condições, a democracia representativa implicará a subordinação dos representantes-governantes à “vontade geral” do povo em corpo, como se cada um deles representasse não seus eleitores em particular, mas a nação inteira”. O escritor francês teria inspirado em Hobbes. Disse Hobbes no capítulo XVI do *Leviatã*, que o poder soberano é um poder franco se não for a representação do povo como “corpo político”. É nessa representação que encontra suas bases e é dela que retira sua força. “Cada um dá àquele que representa a todos a autoridade que depende dele próprio em particular”. Hobbes faz do homem artificial que é o Estado “o ser de razão a que o povo em corpo (distinto da multidão) concedeu uma autoridade irrestrita”, em nome da qual ele irá legislar e agir”. O estatismo de Hobbes se assenta na representação e ganha sentido na unidade do corpo do povo, por meio de um mandato representativo: “a unicidade do mandato representativo explica ao mesmo tempo a instituição e o exercício do poder”. (GOYARD-FABRE, *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 128-130)

Como consequência, de um lado, a representação seria legítima porque o povo não aliena sua própria soberania; de outro, o povo adquire existência política porque se manifesta através dos seus representantes. Trata-se, conforme Fioravanti, de um teorema quase insolúvel, do qual Sieyès sai mediante a convicção segundo a qual o poder dos representantes do povo, que em essência significa o poder de elaborar a lei, expressando, dessa forma, a vontade geral, possui uma natureza que lhe é peculiar, diversa, portanto, da natureza dos poderes meramente constituídos. Por isso mesmo, não pode submeter-se a limites de ordem constitucional, mas tão-somente a limites de ordem política decorrentes da força permanente do povo soberano e de seu poder geral de revogação do mandato representativo.³²⁹

Essa postura teórica acabou refletida na Declaração de direitos, de 1789. Evidentemente, não há como negar que dito documento esboçava uma preocupação com a limitação do poder político e a garantia dos direitos. Nesse sentido, ao conteúdo do artigo 16 segundo o qual “toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”, várias vezes mencionado, deve agregar-se o contido no artigo 1º, que afirmava a igualdade de direitos,³³⁰ assim como o disposto no artigo 2º, que estabelecia como fim de toda associação “a conservação dos direitos naturais”.³³¹ Além disso, acresce o previsto no artigo 4º, que tratava da reserva da lei em matéria de direitos,³³² e no artigo 8º, que proibia a retroatividade da lei penal.³³³ Tudo isso permite afirmar que a Declaração procurou manter-se na tradição do constitucionalismo, até mesmo acolhendo a doutrina lockeana dos direitos naturais pré-sociais.³³⁴

Contudo, contemplava no artigo 3º, a doutrina da soberania nacional,³³⁵ de Sieyès, e no artigo 6º, a teoria rousseauiana da vontade geral,³³⁶ estabelecendo, assim, um verdadeiro programa político consistente em afirmar o legislador como o sujeito que, na qualidade de

³²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 113-114.

³³⁰ Artigo 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

³³¹ Artigo 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

³³² Artigo 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

³³³ Artigo 8º. A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

³³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 113-114.

³³⁵ Artigo 3º. O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.

³³⁶ Artigo 6º. A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

representante da nação, por meio da lei, enquanto expressão da vontade geral, deveria ficar encarregado de realizar os princípios estabelecidos pela Revolução.³³⁷ Como lembra Fioravanti, a Declaração acabou não remetendo à tradição do constitucionalismo seguida pelos colonos americanos.³³⁸ Para os revolucionários franceses, por um lado, a separação de poderes não passava de um termo genérico de conteúdo político, utilizada para contrapor-se à fórmula anterior do Estado absoluto, que os acontecimentos futuros deveriam preencher com conteúdo constitucional; por outro, ficava evidente no referido documento o papel atribuído ao legislador e à vontade geral, restando, pois, a garantia dos direitos confiada àquele sujeito e àquela vontade.³³⁹

De igual modo, e como consequência, a Constituição de 1791 assentou-se na primazia do legislativo, privada quase que totalmente de contrapesos, restando, por isso mesmo, a impossibilidade de alguma forma de contraposição àquele poder, tanto no que diz respeito ao plano legal, quanto no que se refere ao plano constitucional. Como explica Fioravanti, ainda que a Constituição tenha atribuído um poder de veto ao rei, este o exercia apenas na qualidade de representante da unidade nacional, conforme a tradição vigente no antigo regime, e não como o titular de um poder distinto que, por determinação constitucional, deveria contrapor-se ao poder legislativo, como ocorria no modelo americano com o veto presidencial. Ainda como chefe do executivo, a posição reservada ao rei, pela Constituição, era de total subordinação ao legislador, prevalecendo a ideia segundo a qual o governo deveria ficar a cargo da assembleia legislativa, cabendo ao poder executivo tão-somente a organização dos meios necessários à aplicação da lei.³⁴⁰

Nesse contexto, ao rei, desprovido de qualquer poder normativo, restava a qualidade de primeiro funcionário do Estado.³⁴¹ Os juízes, por sua vez, por expressa determinação

³³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 114; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 285-286.

³³⁸ De acordo com Matteucci, o constitucionalismo americano pouca ou nenhuma influência exerceu sobre o constitucionalismo francês, matriz do constitucionalismo europeu-continental. Conforme anota, *O Federalista é o grande clássico do constitucionalismo americano que permanece insuperável até os nossos dias, podendo ser considerada a grande fonte para as teorias democráticas contemporâneas que tentam redefinir a democracia liberal dos modernos*. No entanto, diz o autor, não obstante tenha sido traduzido para o francês ainda em 1792, em plena Revolução, sempre teve pouca ressonância no continente europeu. Mesmo em *Democracia na América*, de Alexis Tocqueville, a referida obra foi utilizada mais como fonte ou comentário à constituição americana do que propriamente como um clássico do pensamento político. (MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 216)

³³⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 115.

³⁴⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 115.

³⁴¹ Afirma Sieyes: “Certamente o príncipe, na sua qualidade de primeiro cidadão, está mais interessado do que ninguém em convocar os povos. Ainda que possa ser incompetente para decidir sobre a constituição, não se pode dizer que o seja para provocar esta decisão”. (SIEYES, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008. p. 149)

constitucional, não podiam exercer qualquer ingerência no âmbito do poder legislativo e, muito menos, suspender a execução de uma lei. Na cúpula da organização judiciária estava o Tribunal de Cassação que, todavia, tinha uma função meramente complementar em relação ao legislativo, devendo atuar muito menos na defesa dos direitos do que em defesa da integridade da lei. Seu papel era, pois, de órgão protetor da lei e vigilância dos juízes, tendo como objetivo evitar que estes, por meio do processo interpretativo, viessem a “ofuscar e trair a soberana vontade do legislador”.³⁴²

Sendo assim, o constitucionalismo francês não contemplou a doutrina dos contrapesos entre os poderes como ocorreu entre os ingleses e os americanos. Com relação a estes últimos, restou, ainda, a diferença de uma revolução feita para sepultar o antigo regime e não simplesmente para limitar as pretensões exorbitantes do legislador. Daí que, desde o início, a revolução havia de apresentar-se como vontade geral, no sentido de uma vontade forte e concentrada que deveria expressar-se exatamente por meio da onipotência do legislador.³⁴³ Com efeito, como aduz Ruiz Miguel, mesmo fazendo referência à separação de poderes e à garantia dos direitos, a Declaração acabou por autorizar, ainda que, em princípio, não de forma deliberada, aquilo que atualmente se refere como “desconstitucionalização dos direitos fundamentais”,³⁴⁴ situação que não se restringiu ao âmbito francês, como dito no início.

Durante todo o século XIX e boa parte do século XX, vigorou no continente europeu a teórica proclamação constitucional dos direitos fundamentais, não só com a introdução, mas também com a permanência de legislação limitativa daqueles mesmos direitos.³⁴⁵ Como recorda Ruiz Miguel, ainda em setembro de 1789, logo depois da Declaração francesa, entrou em vigor uma lei que limitava o sufrágio aos cidadãos ativos, isto é, àqueles que pagavam impostos, ou seja, basicamente aos proprietários, fazendo com que, em seguida, caísse por terra o enunciado na segunda parte do artigo 6º do referido documento, que afirmava ser direito de todos os cidadãos a participação pessoal, ou por meio dos seus representantes, no processo de formação da lei.

Essa pauta de declarar de forma abstrata os direitos na constituição, para depois limitá-los através da legislação, dominou o ambiente europeu-continental até a introdução do controle concentrado de constitucionalidade já no segundo pós-guerra. A isso somou-se o

³⁴² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 116; PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 75.

³⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 120.

³⁴⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 285.

³⁴⁵ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 287.

modelo de juiz, acima referido, figura que, ao contrário do que se passou no sistema americano, durante a Revolução francesa era visto com desconfiança por ser considerado conivente com o antigo regime.³⁴⁶ Como assevera Ruiz Miguel, tudo isso explica porque o constitucionalismo francês e, por extensão, o constitucionalismo europeu-continental, durante todo o século XIX e até a primeira metade do século XX, assentou-se numa concepção marcadamente legalista, fazendo um caminho contrário ao percorrido pelos americanos: naquele contexto, sedimentou-se uma cultura do constitucionalismo moderno assentada na ideia de supremacia constitucional como garantia dos direitos individuais em face do legislador.³⁴⁷

3.5. Síntese crítica: a ameaça neoconstitucionalista à força normativa da constituição e aos direitos fundamentais

Ficaram evidenciadas acima, as dimensões histórico-constitucionais caracterizadoras do modelo inglês, referindo-se, inclusive, que todo aquele processo teve como resultado a sedimentação de algumas dimensões estruturantes do constitucionalismo ocidental. De fato, é indubitável a influência do constitucionalismo britânico sobre os modelos americano e francês de constituição, especialmente no que diz respeito à presença, ainda que admitida somente em tese, no contexto francês, como predito, da doutrina da separação de poderes e da indisponibilidade dos direitos como limites ao poder político, muito embora, conforme também consignado, e consoante recorda Ruiz Miguel, a doutrina da supremacia constitucional tenha sido rechaçada pela doutrina britânica da autoridade suprema do parlamento.³⁴⁸

³⁴⁶ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 287; STRECK, Lenio Luiz. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 241-270, 2005. p. 246.

³⁴⁷ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 288. O autor recorda algumas exceções no que se refere à implantação do controle de constitucionalidade, como foi o caso da Checoslovaquia e da Áustria, em 1920, esta última por influência de Kelsen, e do Tribunal de Garantias Constitucionais, previsto na Constituição da Segunda República espanhola. (MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 287) A cultura estatista sustenta que não existe nenhuma liberdade e nenhum direito que seja anterior ao Estado, antes da força imperativa e autoritativa das normas produzidas por ele, que são as únicas capazes de ordenar a sociedade e fixar as posições jurídicas subjetivas de cada indivíduo. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p.34)

³⁴⁸ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 285.

Por outro lado, viu-se também que a linha divisória que permitiu a separação entre o medievo e o pensamento constitucionalista moderno foi, em rigor, a forma como os britânicos conceberam a noção de poder constituinte: os ingleses conceberam o poder constituinte como um processo histórico não de criação, mas de revelação da constituição inglesa; para eles, era estranha a dimensão projetiva de uma nova ordem política criada por um ator abstrato: pelo povo ou nação. Este é, portanto, no dizer de Gomes Canotilho, o principal traço distintivo entre o constitucionalismo inglês, de um lado, e o constitucionalismo americano e francês, do outro: como a nação em França, o povo americano reivindicou o direito de elaborar uma constituição.³⁴⁹

De forma correlata, verifica-se, aqui, também uma aproximação entre o modelo americano e o modelo francês: “em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através de um poder constituinte”.³⁵⁰ Como pontua Fioravanti, tanto na Revolução americana quanto na Revolução francesa a noção de poder constituinte é determinante, tal como existe coincidência também no que se refere à atribuição da soberania ao povo ou à nação, assim entendido o sujeito a quem se reconhece o exercício do poder constituinte.³⁵¹

Contudo, convém não apenas recordar, mas, sobretudo, reafirmar algumas distinções entre o constitucionalismo americano e o constitucionalismo francês-europeu-continental, inferível já da análise empreendida acima, e que decorre de circunstâncias históricas diversas. Com efeito, a Revolução americana partiu da necessidade de opor-se a um legislador que se supõe fora dos limites de sua legítima jurisdição. Desde esse ponto de vista, o fio condutor da cultura político-constitucional americana se caracteriza pela desconfiança no legislador e, de modo especial, da sua pretensão de encarnar a vontade geral, nos moldes propugnados pela Revolução francesa.³⁵²

O movimento revolucionário americano, explica Fioravanti, opôs-se a toda e qualquer postura estatalista em relação aos direitos e liberdades; os colonos decidiram se desligar definitivamente da pátria mãe por considerar ameaçado todo o patrimônio histórico daqueles direitos e liberdades, os quais se encontravam, agora, à disposição de um parlamento que se reconhecia soberano e onipotente, em virtude do que pretendia impor aos súditos pesados encargos à margem do seu consentimento. Com efeito, os revolucionários americanos

³⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

³⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

³⁵¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 89.

³⁵² FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 82-83.

desconfiavam das virtudes de todo e qualquer legislador, ainda que eleito democraticamente, confiando a tutela dos seus direitos e liberdades à constituição, isto é, à possibilidade de impor limites ao poder legislativo a partir de uma norma hierarquicamente superior.³⁵³

Nesse sentido, anota Gomes Canotilho que, na gramática política americana da época, a ideia de poder constituinte trazia consigo um objetivo diferente daquele que lhe foi atribuído durante o movimento revolucionário francês: os americanos não pretendiam “reinventar um soberano onipotente”, consubstanciado na ideia de nação, senão “permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinares e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da constituição, concebida como lei superior”.³⁵⁴

No modelo revolucionário americano, a constituição se prestou à construção de uma ordem social e política assentada na ideia de governo limitado: “o modelo americano de constituição assenta na ideia de limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita”. Dita limitação normativa postulava uma espécie de “bíblica política do estado” na qual estariam condensados “os princípios fundamentais da comunidade política e os direitos dos particulares”. Nessa perspectiva, a constituição não representava um contrato entre governantes e governados, senão “um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de criar e constituir um governo vinculado à lei fundamental”.³⁵⁵

Afirma-se, assim, acrescenta Gomes Canotilho, que os pais da Constituição americana “procuraram revelar numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada”, ficam a salvo, isto é, excluídos do poder dispositivo das maiorias eventuais ou de uma possível tirania por parte dessas mesmas maiorias. O reconhecimento da constituição como lei maior conduziu à sua elevação a condição de lei suprema capaz de tornar nula qualquer lei inferior com ela incompatível. Foi a proeminência da constituição em relação à lei que, ao contrário do que ocorreu no modelo de constitucionalismo francês, atribuiu ao Poder Judiciário a condição de “defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades através da fiscalização de constitucionalidade”.³⁵⁶

³⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 83.

³⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 59.

³⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60.

³⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60. Lembra o professor lusitano, que com isso transpôs-se o paradoxo formulado por Locke, em 1689, segundo o qual entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz: “o povo americano deu a resposta à pergunta

A Revolução francesa, por sua parte, estava empenhada na destruição da sociedade do antigo regime e, para isso, diz Fioravanti, necessitava de um forte componente de caráter estatista: contra os antigos privilégios deveria afirmar-se a autoridade do legislador soberano que, de um lado, por meio do mecanismo da generalidade e abstração da lei tornava possível os direitos individuais e, de outro, por meio da representação política, assegurava a unidade do povo ou nação. Com efeito, anota o autor italiano que, na Revolução francesa, a garantia dos direitos foi confiada a um legislador virtuoso, assim reconhecido por deter a representação do povo ou nação, para além dos interesses das facções e dos interesses particulares.³⁵⁷ Ao apostar nas virtudes do legislador, a Revolução acabou por afirmar a soberania tanto do poder constituinte quanto do poder constituído ou, por outras palavras, acabou situando ambas as noções no mesmo plano, dificultando sobremaneira o controle do poder político com vistas à garantia dos direitos.³⁵⁸

Em consequência, não obstante as proclamações revolucionárias atinentes à garantia dos direitos, especialmente aquela constante do artigo 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1.789, segundo a qual “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem constituição”, ao exaltar, sem medida, a soberania do poder político, com a finalidade de romper com os esquemas medievais, afastando-se, assim, da cultura historicista na qual estava inserida a tradição constitucional britânica, acabou por debilitar a garantia dos direitos, a qual está lógica, cultural e historicamente vinculada à noção de rigidez constitucional, caracterizada pela existência de uma constituição que, como tal, seja capaz de impor-se à vontade normativa do poder político exatamente em nome da garantia dos direitos.³⁵⁹

Em suma, na Revolução francesa, o poder constituinte do povo ou da nação representava a própria essência da revolução, no sentido de que revelava como esse mesmo povo ou nação podia dar-se a si mesmo uma constituição.³⁶⁰ No dizer de Gomes Canotilho, com a titularidade do poder soberano conferido à nação, e o exercício desse mesmo poder conferido aos representantes, no movimento revolucionário francês a constituição acabou por

de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juizes” entre o povo e o legislador”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60)

³⁵⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 83.

³⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 77.

³⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 73-77.

³⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 89.

legitimar um Estado legislativo, ou, nas palavras do mestre coimbricense, “um Estado legicêntrico”.³⁶¹

Na experiência americana, por sua vez, o exercício do poder constituinte significou a atribuição ao povo de uma autoridade superior à do legislador, subtraindo a este toda e qualquer atribuição de soberania, subordinando-o, ao mesmo tempo, à constituição, considerada a fonte suprema do direito: *en la experiencia estadounidense o concepto de poder constituyente se une desde el principio al de rigidez constitucional*, o que significa a presença de regras fixas, isto é, a presença de um núcleo forte e rígido do pacto constituinte, o qual deve manter-se fora do poder dispositivo do legislador como forma de tutelar e garantir os direitos fundamentais.³⁶²

Sendo assim, explica Fioravanti, deixa de ter sentido qualquer discussão acerca de quem teria desenvolvido a ideia de poder constituinte: se os revolucionários americanos, ou os franceses. Importa saber, segundo o autor, o significado a ele atribuindo nos dois diferentes contextos, o qual se apresenta de forma absolutamente distinta: no contexto francês, aparece vinculado ao conceito de soberania, entendida como o poder do povo soberano de decidir acerca da constituição e sobre a regra do jogo; no âmbito americano, vincula-se ao conceito de rigidez constitucional, entendida como a máxima forma de tutela dos direitos e liberdades contra eventual arbítrio do legislador.

Enfim, a “realidade primária e originária da experiência constitucional”, isto é, o poder constituinte, se manifestou para os revolucionários franceses por meio de uma política capaz de querer, que é o povo ou nação; para os revolucionários americanos, por meio de um conjunto inviolável de regras consubstanciadas na constituição.³⁶³ É a partir desse arranjo político-institucional, configurado pela noção de poder constituinte associada à de rigidez constitucional, desenvolvida desse lado do atlântico, que conduziu à consideração da constituição como lei suprema, somada à forma como fora concebida a doutrina da separação de poderes, que se distingue o modelo de constitucionalismo americano do modelo francês-europeu-continental: ao lado da divisão de poderes, o segundo e mais decisivo elemento distintivo do sistema americano foi a consideração da própria constituição como instrumento

³⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 60.

³⁶² FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 90.

³⁶³ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 90.

de garantia de limitação do poder estatal e de respeito aos direitos individuais, inclusive em relação ao legislador.³⁶⁴

Tudo isso leva a importantes conclusões relacionadas à necessidade de uma compreensão adequada tanto acerca do constitucionalismo moderno quanto do constitucionalismo contemporâneo. Duas delas estão diretamente vinculadas à ideia de constitucionalismo enquanto “técnica de limitação de poder com fins de garantia” e já foram explicitadas anteriormente, mas convém aqui ressaltar. A primeira refere-se ao fato do constitucionalismo francês e, por extensão, o constitucionalismo europeu-continental, uma vez desprovido de contrapesos e outros mecanismos de garantia dos direitos, configurar um constitucionalismo sem constituição e, ao invés de um Estado constitucional, caracterizar um modelo de Estado legislativo.

A segunda vincula-se ao constitucionalismo americano. Ao propugnar pela separação de poderes, pela força normativa, pela supremacia constitucional e a conseqüente rigidez da constituição, além do controle de constitucionalidade das leis, dito modelo configurou-se não apenas como origem, mas como o verdadeiro constitucionalismo moderno.³⁶⁵ Daí a observação de Fioravanti, para quem dita afirmação produzirá espanto naqueles que estão habituados à ideia segundo a qual foi a Revolução francesa que deu origem aos sistemas políticos orientados no sentido liberal-democrático, ou seja, os sistemas políticos que tentam compatibilizar na mesma fórmula constitucionalismo, enquanto doutrina da limitação do poder como mecanismo de garantia dos direitos, e democracia. Segundo ele, a situação se passa exatamente no sentido inverso: diferentemente da Revolução francesa, a Revolução americana ocupa lugar de destaque na cultura dos direitos e liberdades.³⁶⁶

Outro ponto que merece ser destacado, diz respeito a aludida constitucionalização do Estado e ao redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional, decorrentes do surgimento das constituições rígidas no segundo pós-guerra, que teve como corolário a superação do Estado legislativo, por meio do reconhecimento da força normativa da constituição, ideia comumente atribuída a Konrad Hesse. Na verdade, trata-se de fenômeno peculiar ao âmbito europeu-continental, não havendo, pois, quanto aos traços característicos

³⁶⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 285.

³⁶⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998; FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 77; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

³⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 77.

do Estado constitucional ali delineado qualquer novidade, porquanto todas as características mencionadas já se achavam presentes no modelo de organização política exurgida com o constitucionalismo americano, ainda no século XVIII.

Aliás, é de sublinhar que tal circunstancia não escapou à lente crítica de Lenio Streck. Como lembra o jurista gaúcho, no constitucionalismo europeu-continental, assim como no constitucionalismo brasileiro, o conceito de constituição normativa era estranho até a segunda metade do século XX. Dita ideia, todavia, diz ele, já era “consideravelmente decantada no âmbito constitucional estadunidense”.³⁶⁷ Ora, se é assim, e de fato é, o constitucionalismo contemporâneo, considerado o contexto europeu, nada mais significa que a retomada do ideal contido no art. 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão, tornado universal por meio daquele documento, conforme mencionado alhures, porém, efetivamente consagrado no contexto americano desde o movimento revolucionário.³⁶⁸

Nesse sentido, é sugestiva a afirmação de Campuzano, segundo a qual o constitucionalismo contemporâneo obedece a mesma definição própria do constitucionalismo moderno que o concebe como uma “técnica específica de limitação de poder com finalidade de garantia”. Sendo assim, diz o professor de Sevilha, “registra uma forte tendência à limitação do poder que se traduz em um reforço da dimensão garantista e do consequente controle jurisdicional da constituição por parte dos juízes: o legicentrismo das constituições oitocentistas foi definitivamente superado”.³⁶⁹ Nesse mesmo norte, assinada Zagrebelski, que o direito constitucional europeu contemporâneo reconhece aos indivíduos um conjunto de direitos originários os quais são não somente independentes, mas também protegidos em face da lei. Nesse contexto, assevera o autor, afasta-se da concepção revolucionária francesa do século XVIII, ao mesmo tempo em que se aproxima da tradição constitucional americana.³⁷⁰

³⁶⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36; Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61. Não se pode olvidar, contudo, que o controle difuso de constitucionalidade, peculiar à cultura constitucionalista americana, faz parte da tradição jurídico-judiciária brasileira desde a sua instituição por meio da Constituição da República de 1891. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 313.)

³⁶⁸ É o que se infere do modelo de constitucionalismo garantista teorizado por Ferrajoli e que será descrito a seguir, o qual, de acordo com Perfecto Ibáñez tem como valores fundamentais a separação de direitos e a garantia dos direitos, ou melhor, a separação de poderes como mecanismo de garantia dos direitos. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008. p. 207-212, 2008. p. 208).

³⁶⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28-29.

³⁷⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 54.

Ainda nesse diapasão, ou seja, partindo-se da ideia segundo a qual o constitucionalismo contemporâneo significa, na verdade, uma retomada dos ideais do constitucionalismo moderno, sedimentados no modelo americano, tem-se como indispensável recuperar outro elemento próprio daquela tradição constitucional, presente nos seus primórdios. Conforme ficou assentado, ao teorizar acerca da competência da jurisdição para realizar o controle de constitucionalidade das leis, Alexandre Hamilton pugnou pela interpretação como ato de conhecimento e não como ato de vontade. Em outras palavras, não apostou em decisionismo, tampouco em discricionariedade judicial, considerada por Lenio Streck “a doença contemporânea do autoritarismo no direito”.³⁷¹

Com efeito, tem-se como significativa e pertinente a caracterização do constitucionalismo contemporâneo formulada pelo professor gaúcho. Segundo ele, o constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento da praxis político-jurídica, a qual se desenvolve em dois planos distintos: a) no plano da teoria do Estado e da constituição, ocasionada pelo paradigma do Estado democrático de direito; b) no plano da teoria do direito, onde se verifica uma reformulação da teoria das fontes, por meio da qual a supremacia da lei abre espaço para a onipresença da constituição; c) na teoria da norma, por meio do reconhecimento de normatividade aos princípios constitucionais; d) e, finalmente, na teoria da interpretação, a qual propugna por uma blindagem contra a discricionariedade e o ativismo judiciais.³⁷²

Por outro lado, existe um dado alusivo ao constitucionalismo contemporâneo que não estava presente na tradição constitucional americana. Trata-se do fato das constituições rígidas, surgidas no segundo pós-guerra, terem contemplado um extenso catálogo de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, econômicos e culturais, que, inspirados no princípio da igualdade, expressam o conteúdo social do Estado constitucional.³⁷³ Sendo

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. O mensalão e o “domínio do fato – tipo ponderação”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>. Acesso em 29/08/2012.

³⁷² STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37; FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 241-242.

³⁷³ DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 179; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31. Como anota Daniel Sarmento, a concepção contemporânea de constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: “enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em

assim, é intuitivo imaginar que, diante desse fenômeno, isto é, da constitucionalização dos direitos sociais, ocorresse um esforço teórico no sentido de pensar os mecanismos capazes de dar conta dessa nova realidade, ou seja, de tornar efetivos aqueles direitos, especialmente tendo em consideração o histórico de desigualdades sociais que sempre dominou nos países periféricos, como é o caso do Brasil.

No entanto, como é sabido, o constitucionalismo contemporâneo comporta, pelo menos, duas vertentes. Uma delas é conhecida como “neoconstitucionalismo”, referida mais recentemente por Luigi Ferrajoli, no que se pode entender como uma aproximação com a tese leniana do panprincipiologismo,³⁷⁴ como “constitucionalismo principialista ou argumentativo”.³⁷⁵ Segundo o jusfilósofo italiano, essa é a vertente mais difundida e tem entre seus teóricos mais destacados as figuras de Dworkin, Alexy, Zagrebelski e Atienza,³⁷⁶ sendo certo que, no Brasil, obteve maior difusão a concepção alexyana, a qual tem como principal

geral, muito mais além”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/> Acesso em 25/10/2012.

³⁷⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. “Em linhas gerais”, diz o jurista gaúcho, “*panprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”. (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50)

³⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *Doxa - Cuaderno de filosofía del derecho*, n. 34, 2011; FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 97. Muito embora Ferrajoli inclua todos os autores nominados no grupo designado como neoconstitucionalismo, constitucionalismo principialista ou constitucionalismo argumentativo, pondera André Trindade, que existem importantes diferenças teóricas entre eles, como é o caso, por exemplo, de Dworkin, que se opõe radicalmente à discricionariedade judicial. (TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103-105) De acordo com Tomaz de Oliveira, os três elementos referidos por Ferrajoli, que caracterizariam o neoconstitucionalismo, quais sejam: a conexão entre direito e moral, a distinção entre regras e princípios e a ponderação como método jurisprudencial, aparecem todos, ao mesmo tempo, apenas em Alexy e, talvez, em Atienza, encontrando-se em Dworkin somente o segundo elemento, ou seja, a distinção entre regras e princípios. (OLIVEIRA, Refael Tomaz. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as condições de possibilidade dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 189-190)

corifeu o jurista carioca Luis Roberto Barroso.³⁷⁷ O outro modelo é aquele teorizado pelo próprio Ferrajoli, por ele denominado constitucionalismo garantista, rígido ou normativo.

No dizer de Ferrajoli, o traço comum entre esses dois modelos de constitucionalismo consiste na ideia de “submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores que, nas atuais constituições, sancionam direitos fundamentais”. Nessa perspectiva, o constitucionalismo equivaleria, de um lado, enquanto sistema jurídico, a um conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes, inclusive ao legislativo e, de outro, enquanto teoria do direito, a uma concepção de validade das leis não mais referida apenas à conformidade formal no tocante à competência e ao procedimento previsto para a sua produção, senão também à “coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”.³⁷⁸

Os traços distintivos consistem, segundo o autor, em primeiro lugar, no fato do neoconstitucionalismo ser considerado uma superação, ou uma negação do positivismo jurídico, num sentido “tendencialmente jusnaturalista”. Significa dizer, que a incorporação aos textos constitucionais do segundo pós-guerra de princípios de justiça de caráter ético-político, de que são exemplos o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, teria feito desaparecer o principal elemento característico do positivismo jurídico, a saber: a separação entre direito e moral, ou entre justiça e validade. De acordo com essa tese, diz Ferrajoli, a moral, que no paradigma positivista integrava o ponto de vista externo ao direito, passou a integrar o seu ponto de vista interno.³⁷⁹

Em segundo lugar, as orientações neoconstitucionalistas atribuem às normas constitucionais não o caráter de regras “susceptíveis de observância e aplicação”, mas as consideram princípios, “susceptíveis de ponderação e balanceamento”, posto encontrarem-se virtualmente em conflito.³⁸⁰ Como consequência, conferem centralidade à argumentação no

³⁷⁷ PANSSIERI, Flávio. Um novo método de decisão. Conferência proferida durante o XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, no dia 28/03/2012, na Cidade de Londrina – PR.

³⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 95-96.

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 95-96. Neoconstitucionalismo é um termo difundido especialmente entre autores de língua italiana e espanhola para designar um modo antipositivista de conceber o direito. Ao contrário do positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo apresenta-se não como um modelo descritivo, senão e antes de tudo como um modelo prescritivo que concebe a constituição como norma. Trata-se de uma doutrina que se caracteriza, sobretudo, como política constitucional, no sentido de que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser. (DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 77-78)

³⁸⁰ O neoconstitucionalismo admite diferentes formas de classificação, podendo apresentar as seguintes características: a adoção de uma determinada concepção de constituição, concebida como modelo prescritivo e

que diz respeito à própria concepção de direito. Nessa perspectiva, o direito já não é mais concebido como um sistema de normas, e sim como uma prática jurídica. Os direitos fundamentais são considerados “valores” ético-políticos, fazendo com que o direito, além de uma inevitável conexão com a moral, “como uma teoria do direito dotada de capacidade explicativa e em condições de oferecer critérios de solução para os casos difíceis”, não possa, também, prescindir de uma teoria da argumentação.³⁸¹

O constitucionalismo argumentativo ou principialista, pontua Ferrajoli, caracteriza-se pela “configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais franca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial”. Com efeito, concebe as “normas constitucionais sobre direitos como princípios considerados idôneos para conectar o direito à moral através da argumentação”.³⁸²

Ferrajoli destaca, dentre as diferentes construções teóricas nesse sentido, a concepção alexyana que, segundo ele, associa ao direito uma “pretensão de correção”, e, por conseguinte, “o ônus de uma certa justificação moral”. Em suma, para o jusfilósofo italiano, esse modelo de constitucionalismo caracteriza-se, de um lado, pela oposição ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral e, de outro, pelo ativismo judicial decorrente da compreensão dos direitos fundamentais não como regras, e sim como princípios objeto de ponderação e imediata argumentação jurídica, dispensada a *interpositio legislatoris*.³⁸³ Desde essa perspectiva, o neoconstitucionalismo significa o ponto de

como norma; a adoção da tese segundo a qual o direito é composto de regras e princípios; adoção da ponderação ou balanceamento como técnica de interpretação; e a consignação de tarefas de integração à jurisprudência, e de tarefas pragmáticas à teoria do direito. (DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 79)

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 97.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

³⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 98. Referindo-se à obra monumental de Ferrajoli, a saber: *Principia Iuris*, afirma Prieto Sanchís, que o constitucionalismo é a vértebra da teoria jurídica desenvolvida pelo autor, não podendo, porém, ser qualificado como neoconstitucionalismo. Para ele, ainda não ficou claro o que significa neoconstitucionalismo e tampouco suas teses principais. Não obstante, o autor sugere três notas características desse modelo de constitucionalismo que o distinguem do modelo teorizado por Ferrajoli, e que são a síntese das indicadas por este autor e mencionadas acima. A primeira é referida por Sanchís como tese metodológica ou conceitual, e contrapõe-se diretamente ao positivismo jurídico, sustentando uma relação necessária entre direito e moral, com a consequente primazia do ponto de vista interno, se não em relação a todo o sistema jurídico, pelo menos no que toca aos sistemas constitucionais; a segunda é uma concepção forte de constituição que considera suas normas diretamente aplicáveis pelos juízes, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*; a terceira seria uma visão

convergência entre o realismo jurídico e aquilo que o autor denomina de “neopandectismo”, e se presta a destruir os fundamentos juspositivista do direito a partir de uma tese comum: “o direito, na verdade, é aquele que é produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas”.³⁸⁴

Entretanto, para Ferrajoli, a distinção entre regras e princípios não passa de um sofisma. Segundo ele, princípios e regras são igualmente normas que se diferenciam tão-somente pela maneira como são formuladas, não havendo, pois, entre elas, distinção de natureza estrutural. Os princípios, diz nosso autor, são formulados “com referência ao seu respeito”; as regras, “com referência à sua violação e à sua consequente aplicação”. As regras, quando observadas, manifestam-se como princípios “que não se aplicam, mas se respeitam”. O autor cita como exemplo, a observância das normas sobre o homicídio, a lesão corporal e o furto, a que corresponde o respeito aos “princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada”. Em sentido contrário, os princípios, quando violados, manifestam-se em forma de regras que não se respeitam, mas se aplicam: o princípio da isonomia, uma vez violado, aparece como regra no que se refere à sua violação: precisamente, a regra que proíbe que ocorram discriminações.³⁸⁵

De acordo com Ferrajoli, exatamente porque os direitos fundamentais são direitos universais, eles consistem em regras às quais correspondem deveres absolutos que, da mesma forma, consistem em regras: no direito fundamental à saúde está contida a regra segundo a qual o Estado deve prover o respectivo tratamento; à liberdade de manifestação do pensamento corresponde a proibição de turbar ou limitar esse mesmo direito; à livre circulação de mercadorias, respeitado o direito à saúde e à segurança, corresponde a proibição de limitar a circulação de mercadorias, salvo por questões de saúde ou segurança. Sendo assim, resume o autor, não existe uma diferença de estatuto entre regras e princípios: “sempre a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”.

conflitualista no tocante aos conteúdos substanciais da constituição, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, os quais são concebidos como princípios, que reclamam o apelo a uma teoria da argumentação jurídica. A primeira característica configura aquilo que Ferrajoli denomina de constitucionalismo ético; as duas últimas estão na base do ativismo judicial. (PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 279)

³⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 98.

³⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, 95-113, 2011. p. 105.

Além disso, esclarece o professor de Roma, é exatamente por isso que as constituições, em sua parte substancial, definem não apenas um conjunto de princípios, ou seja, de direitos fundamentais, mas também um sistema de limites e vínculos que consistem em regras destinadas aos titulares de todos os poderes: “aos princípios consistentes em direitos de liberdade correspondem as regras consistentes em limites ou proibições; aos princípios consistentes em direitos sociais correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações”. Por fim, pontua Ferrajoli, “direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou omissão, a violação das segundas”.³⁸⁶

Para Ferrajoli, a contraposição entre regras e princípios, formulada pelos neoconstitucionalistas, não se apresenta como um mero problema de retórica. Trata-se, segundo ele, de uma questão com relevantes implicações práticas, cuja principal consequência é o “radical enfraquecimento do valor vinculante dos princípios”, especialmente aqueles de nível constitucional. A esse respeito, Ferrajoli tem como significativa a caracterização de princípios proposta por Alexy, a qual o jusfilósofo italiano considera arbitrária.³⁸⁷ Com efeito, afirma Alexy, que o elemento decisivo que serve de suporte para a distinção entre regras e princípios consiste no fato de que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.³⁸⁸

Nesse sentido, de acordo com o jusfilósofo alemão, princípios são “*mandamentos de otimização*”, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas

³⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 106-107. Para Ferrajoli, os princípios são os fundamentos das regras correspondentes; as razões que as justificam jurídica e politicamente. No que se refere às regras produzidas por meio de leis visando à atuação dos direitos fundamentais, pode afirmar-se que os princípios “son las razones o los fundamentos supraordenados a ellas”. Daqui decorre a noção ferrajoliana de “razón social” a qual, referida ao Estado constitucional, designa as finalidades deste, estipuladas nos textos constitucionais, que consistem precisamente na garantia dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012. p. 58)

³⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 107.

³⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. Para Alexy, “A distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras entre do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Regras e princípios estão reunidos sob o conceito de norma: “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem respeito o que deve ser”. Assim como as regras, princípios são “razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie de muito diferentes; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85, 87.

também das possibilidades jurídicas”.³⁸⁹ Para Alexy, é diferente o âmbito de determinação das possibilidades jurídicas das regras em relação aos princípios. Ao contrário destes últimos, as regras serão sempre satisfeitas ou violadas. Se uma regra é válida deve satisfazer-se precisamente aquilo que ela determina, “nem mais, nem menos”. Sendo assim, as regras estabelecem o âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível: “isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau”.³⁹⁰ Para Ferrajoli, no entanto, o resultado dessa operação não pode ser outro que não “o ofuscamento do alcance normativo dos princípios constitucionais”.³⁹¹

No que se refere à ponderação, lembra Ferrajoli, que se trata do tipo de racionalidade postulada pelo neoconstitucionalismo como sendo pertinente aos princípios, em contraposição à ideia de subsunção que, em sentido contrário, incidiria somente sobre as regras. Todavia, segundo o autor, através dela, para além do enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, debilita-se, também, o caráter cognitivo da jurisdição, no qual reside a sua fonte de legitimação, abrindo caminho para o ativismo e a discricionariedade judiciais.³⁹²

Ferrajoli não se opõe por completo à ideia de ponderação no que toca aos princípios. Para ele, é possível admitir que as normas formuladas por meio de princípios apresentam um maior grau de indeterminação semântica, justificando eventual recurso à ponderação. Contudo, adverte o autor: “tenho a impressão de que a ponderação, nestes anos, terminou por transformar-se em um tipo de bolha terminológica, dilatada até chegar às formas mais causais de esvaziamento e de desaplicação das normas constitucionais”.³⁹³

De acordo com Ferrajoli, se em virtude da indeterminação semântica das normas e da impossibilidade de subsunção, a atividade dos juízes transformar-se numa atividade criadora do direito, dita atividade converter-se-á naquilo que se pode denominar “poder de disposição”, que ele considera um poder carente de legitimidade, já que interfere na esfera de competência reservada à política e às funções de governo. Isso, segundo ele, importa em

³⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 109.

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 109.

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 110. Essa posição de Ferrajoli é semelhante à externada por Lenio Streck, durante conferência proferida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Coimbra, no dia 16/11/2011.

negação do princípio da separação de poderes e do próprio Estado de direito.³⁹⁴ Destarte, conclui Ferrajoli, que o neoconstitucionalismo comporta um enfraquecimento e, em última análise, um colapso da normatividade das normas constitucionais e, por conseguinte, uma degradação dos direitos fundamentais.³⁹⁵

Além disso, assinala nosso autor, subverte-se a hierarquia das fontes, confiando a atuação das normas constitucionais à ponderação, apostando, portanto, na discricionariedade, especialmente da jurisdição. Nesse contexto, sintetiza Ferrajoli, “ciência jurídica e jurisprudência, graças ao papel associado à ponderação dos princípios, voltam, assim, a reivindicar o seu papel de fontes supremas do direito”. Desconsiderando os avanços da experiência jurídica representados pela positivação do dever ser do direito e pela consequente sujeição a limites e vínculos de todos os poderes, a ponderação pode ser interpretada como uma espécie de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno.³⁹⁶

De fato, à luz do itinerário percorrido até aqui e, de modo especial, da afirmação do constitucionalismo como a doutrina da limitação do poder, é forçoso reconhecer, a partir dos aportes ferrajolianos, que o neoconstitucionalismo, ao apostar na discricionariedade dos juízes e no ativismo judicial, negando, ao mesmo tempo, o princípio da separação de poderes e a própria noção de Estado de direito, debilitando a força normativa da constituição e dos direitos fundamentais, longe de aproximar-se do constitucionalismo americano, pelo menos na teorização levada a efeito em *O federalista*, atribui ao constitucionalismo europeu-continental, e a qualquer outro modelo a ele filiado, a mesma configuração vigorante no

³⁹⁴ Como será explicitado oportunamente, Ferrajoli distingue entre funções de governo e funções de garantia, as quais apresentam diferentes fontes de legitimidade: às funções de governo compreende a função legislativa e a função de governo propriamente dita, tendo, ambas, como fonte de legitimidade a representação popular; entre as funções de garantia está principalmente a jurisdição, a qual, na concepção do autor, tem como fonte de legitimidade a sua submissão à lei. É a partir dessa distinção que Ferrajoli interpreta, no interior da sua teoria, o princípio da separação de poderes.

³⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 111. De acordo com Ferrajoli, analisando-se bem o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo principialista nas suas diferentes perspectivas, é possível concluir que ele coloca em risco todos os princípios do Estado de direito: a separação de poderes; o princípio da legalidade; e a submissão do juiz somente à lei. Isso, segundo ele, conduz ao que Lenio Streck denominou “estado de natureza hermenêutico”, que transforma a certeza do direito na “loteria do protagonismo judicial”. (FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 245) A solução oferecida por Lenio a essa patologia é o direito-dever fundamental de resposta correta, o que seria obtido a partir de “um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição”. (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63, 74-75; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011)

³⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 112-113.

paradigma anterior ao segundo pós-guerra. Numa frase: na concepção neoconstitucionalista o constitucionalismo europeu-continental continua configurando um constitucionalismo sem constituição.

Com efeito, assim como os revolucionários franceses, os neoconstitucionalistas estão apenas reinventando um “novo soberano onipotente”: os franceses substituíram o absolutismo do monarca pelo absolutismo da assembleia; os neoconstitucionalistas estão substituindo o absolutismo desta última pelo absolutismo dos juízes, agora, além da constituição, em detrimento, também, da democracia. Ao invés de apostar nas virtudes do legislador, como ocorrera outrora aos revolucionários franceses, os neoconstitucionalistas apostam, agora, nas virtudes dos juízes. Nessa toada, tem-se como oportuna a crítica de Lenio Streck, o qual afirma que, num dado momento, nutriu certa simpatia pelo termo “neoconstitucionalismo”, imaginando que o mesmo poderia significar a possibilidade de superação do constitucionalismo de feições liberais, por um constitucionalismo compromissório e dirigente, capaz de tornar efetivo, no contexto brasileiro, um verdadeiro regime democrático.³⁹⁷

Na verdade, mirando bem, é possível afirmar que a ameaça neoconstitucionalista aos direitos fundamentais dirige-se, primordialmente, contra os direitos sociais. Basta um simples olhar e não é difícil inferir que, para além de uma série de argumentos que nada mais são do que corolários do alegado caráter programático que se pretende atribuir às normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, ou seja, da alegada impossibilidade de justiciabilidade desses direitos,³⁹⁸ consoante se demonstrará adiante, o conceito alexyano de

³⁹⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36. Lenio Streck aproxima-se de Ferrajoli e abandona o uso do termo “neoconstitucionalismo”, passando a utilizar a expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”. A preocupação com a democracia tem sido um dos principais argumentos de Lenio Streck na sua cruzada contra a discricionariedade e o ativismo judiciais. Concorde com Ferrajoli, pontua o jurista gaúcho que, “passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” diz ele, defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento jurídico a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo”. (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-38; Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60-62) Ver também: FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 241-242.

³⁹⁸ HIERRO, Liborio L. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio

princípios, que afirma que estes são normas que ordenam que algo seja realizado de acordo com as possibilidades não apenas jurídicas, mas também fáticas, guarda uma estreita conexão com a teoria da reserva do possível, igualmente importada do direito alemão para a realidade brasileira, que também faz referência a possibilidades fáticas e jurídicas no que diz respeito aos recursos materiais necessários à efetivação dos direitos sociais.³⁹⁹ Ora, diante de tal perspectiva teórica, a efetivação dos direitos sociais fica relegada à discricionariedade e ao ativismo dos juízes.⁴⁰⁰

Jurídico Europeo, 2007. p. 163-196; PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2009. p. 306 s; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 89-92; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 170-175.

⁴⁰⁰ Não se desconhece o dissenso que existente entre as posturas teóricas de Lenio Streck e Luigi Ferrajoli a respeito da discricionariedade judicial: o primeiro rejeita, por completo, a discricionariedade judicial e, como consequência, advoga um direito fundamental à resposta correta, assentado na incompatibilidade entre discricionariedade judicial e democracia; o segundo sustenta a inevitabilidade da discricionariedade judicial, especialmente em virtude da natureza linguística dos enunciados jurídicos, que, todavia, pode ser reduzida por meio de uma “estrita legalidade”, isto é, “pela formulação da linguagem legal da maneira mais rigorosa e taxativa possível”, reduzindo, assim, os espaços patológicos de indeterminação do direito e, por conseguinte, o ativismo judicial e a ilegitimidade da jurisdição. Como corolário, rejeita, também, a tese dworkiniana-leniana da única resposta correta. Como explica Lenio Streck, o dissenso entre os dois autores decorre dos pressupostos filosóficos adotados por cada um deles: Ferrajoli filia-se à filosofia analítica, subjacente ao seu Juspositivismo crítico; Lenio Streck, por sua vez, filia-se à hermenêutica filosófica gadameriana, imbricada à teoria integrativa do direito de Dworkin. (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2012. p. 87-88; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2012. p. 245-250) Ambos os autores reconhecem nos princípios constitucionais um mecanismo de redução da discricionariedade: para Lenio, na esteira de Dworkin, os princípios fecham a interpretação e contribuem para a obtenção da resposta correta; para Ferrajoli, eles reduzem a indeterminação da linguagem que leva à discricionariedade e permitem a redução da multiplicidade de respostas. De acordo com Ferrajoli, “uma teoria garantista do direito e do processo pode apenas promover a redução da ventania das soluções incorreta através da redução do arbítrio por meio de adequadas garantias substanciais e processuais”. Mas mesmo esta é uma solução relativa e não dá conta do problema. O que permite reduzir a possibilidade da multiplicidade de respostas é a incidência dos princípios: “existem sempre divergências interpretativas e “múltiplas respostas”, plausivelmente discutíveis, cujo número, entretanto, vem reduzido [...] pela coerência com os princípios constitucionais”. Aos juízes cabe interpretar as leis sempre à luz da constituição, “restringindo e ampliando seu alcance de acordo com os princípios constitucionais”. “A própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos reduz, geralmente, o espaço de discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas em um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas coerentes com a Constituição”. A interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, cabendo ao juiz a responsabilidade de escolher, dentre os únicos significados válidos, os que sejam compatíveis com as normas constitucionais substanciais, isto é, os direitos fundamentais. (FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2012. p. 254; FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 102, 111; FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. 7.ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26) Já para Lenio Streck, no constitucionalismo contemporâneo, “os princípios instituem o *mundo prático* no direito”. No dizer do

Assim, para os limites da presente investigação, que se justifica pela preocupação com a efetividade dos direitos sociais, conforme indicado no início, entende-se que a consecução desse desiderato só será possível mediante a afirmação do constitucionalismo contemporâneo como técnica de limitação do poder com fins de garantia. Isso implica um modelo teórico que, além de comungar da mesma preocupação, revele um indispensável compromisso com a força normativa da constituição e com a democracia, associado à reafirmação do princípio da separação de poderes e à negação da discricionariedade e do ativismo judiciais. Tais elementos acham-se presentes no modelo garantista de Luigi Ferrajoli, no dizer de Carbonell, um jurista prático, preocupado em apresentar soluções concretas para problemas também concretos, e, particularmente, dedicado à tarefa de demonstrar o papel dos juízes no Estado constitucional de direito: há muitos anos o autor tem demonstrado interesse pela relação entre juízes e democracia, juízes e política, juízes e direitos fundamentais.⁴⁰¹

3.6. Uma opção teórica: o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli

O pensamento de Ferrajoli está situado na tradição contratualista e, assim como a motivação do presente estudo, conforme anunciado, gravita em torno da preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, anota Luis Prieto Sanchís, que Ferrajoli conseguiu desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais que se mantém conectada, a um só mesmo tempo, à teoria dos direitos naturais e do contrato social, na qual a realização daqueles direitos constitui o elemento legitimador de qualquer poder e das instituições. Significa dizer que as instituições nascem a partir do consenso dos associados e somente se legitimam por meio da garantia dos direitos: *las leyes y demás disposiciones públicas sólo son*

jurista gaúcho, dita institucionalização significa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dela, que, na verdade representa uma revolução paradigmática, o juiz tem o dever de decidir de forma correta: “trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo” Na esteira de *Dworkin*, afirma Lenio que, a normatividade conferida aos princípios no constitucionalismo contemporâneo, possibilita um “fechamento interpretativo”, isto é, uma espécie de “blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são *vivenciados* (faticizados) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade*. Por isso, os princípios são deontológicos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57)

⁴⁰¹ CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 15.

*legítimas se dan cumplimiento a la “razon social” que justifica la existencia de la asociación política, y esa “razón social” son precisamente los derechos fundamentales.*⁴⁰²

De fato, é possível inferir do próprio Ferrajoli, que a sua teoria é tributária da filosofia contratualista numa dupla perspectiva. Em primeiro lugar, no sentido de que as constituições são contratos sociais estabelecidos de forma escrita e positiva; são pactos de convivência produzidos no decorrer da história por meio de movimentos revolucionários que, num dado momento, se impuseram aos poderes públicos como forma de fundar a sua legitimidade. Em segundo lugar, porque o contrato social representa a grande metáfora da democracia, na sua dupla dimensão: a dimensão política ou formal, já que, com ela, a legitimidade do poder político resulta fundada desde o início sobre o consenso dos associados e, portanto, desde a base; e a dimensão substancial, haja vista que o contrato não configura um acordo vazio, mas tem como cláusulas e como “razão social” a garantia dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e até mesmo a insurreição e a guerra civil.⁴⁰³

Para Ferrajoli, se os direitos fundamentais constituem o conteúdo do pacto constituinte, sua paternidade deve ser creditada a Thomas Hobbes. Não obstante Hobbes seja considerado o teórico do absolutismo, dito filósofo concebeu o direito à vida como um direito universal, cuja tutela justificaria o trânsito do estado de natureza à sociedade civil. Logo, segundo Ferrajoli, é na teorização do *Leviatã* que se pode rastrear a origem da ideia de esfera pública enquanto lugar destinado à tutela dos direitos fundamentais, que, mais tarde, foi se expandindo com a garantia dos direitos de liberdade, na concepção lockeana, contemplados nas primeiras Declarações, acrescidos dos direitos políticos e das liberdades de reunião e associação, nas constituições do século XIX, passando pelos direitos sociais contemplados nas constituições do segundo pós-guerra, até chegar aos novos direitos, como sejam o direito à paz, ao meio ambiente, à informação dentre outros. Em todo esse processo, diz o jusfilósofo italiano, os direitos fundamentais sempre se afirmaram como *la leys del más débil*, diante da lei do mais forte, a qual prevaleceria na ausência daqueles.⁴⁰⁴

⁴⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 302.

⁴⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 775-776.

⁴⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 776; Derecho y dolor. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 151; *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. Como recorda Marina Gascón, já nas suas origens iluministas, o garantismo caracterizou-se fundamentalmente por ser um esquema político fundado na ideia de direitos individuais, concebendo as instituições políticas e jurídicas não só como um mal necessário, mas também como instrumento

Ferrajoli atribui ao vocábulo garantismo três diferentes significados: garantismo é um modelo normativo de direito próprio do Estado constitucional de direito e configura um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, públicos e privados, estatais e internacionais; garantismo configura uma teoria do direito, qual seja o juspositivismo crítico, em oposição ao juspositivismo normativista, e pressupõe um desnível normativo configurando, por sua vez, uma teoria da validade; garantismo designa uma filosofia política no sentido de que as instituições públicas somente se justificam pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.⁴⁰⁵

Por outro lado, parece correto afirmar que Ferrajoli confere ao direito um caráter paradigmático, seguindo a linha teórica desenvolvida por Tomas Kuhn.⁴⁰⁶ Com efeito, é possível explicar seu modelo de constitucionalismo a partir do conceito de Estado de direito e de três grandes paradigmas. Este é o esquema que se adotará a seguir para apresentar sua proposta teórica, uma vez que, além de representar, até certo ponto, uma síntese de tudo o que se desenvolveu até qui, serve para fixar, de modo claro, aqueles pontos do constitucionalismo normativo que darão suporte à hipótese levantada para a presente investigação.

a serviço daqueles mesmos direitos. (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 23-24).

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 851-854. Ver também: ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 22; TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 123. Para Ferrajoli, um modelo jurídico garantista, uma vez recepcionado por uma constituição, pode ser concebido como um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade do poder político e, por conseguinte, do direito. Todavia, a divergência entre normatividade em nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores pode torná-lo um modelo garantista de fachada. Com efeito, a noção de garantismo surgiu no campo penal, como resposta ao crescente desenvolvimento, assim como às culturas jurídicas e políticas as quais têm não apenas avalizado, mas também ocultado e alimentado a divergência entre normatividade e efetividade, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e da democracia. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 851)

⁴⁰⁶ Ernildo Stein, com fundamento em Tomas Kuhn afirma que o conceito de paradigma é um conceito polissêmico, comportando, assim, uma série de significações. Sendo assim, pode ser empregado como matriz teórica, significando “um campo delimitado em que se desenvolvem determinados processos de conhecimento”, processos estes conduzidos por uma construção progressiva que pode ser caracterizada a partir da ideia de modelo, de método, princípios de racionalidade etc. (STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaio sobre a reconstrução*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 53-54) De fato, como lembra Stein, o próprio Kuhn afirma que interpretações realizadas nos seus textos apontam para a atribuição de vinte e dois sentidos diferentes ao vocábulo paradigma. Esclarece, porém, este último autor, que com a escolha do termo pretendeu sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real “proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica”. Afirma, também, que “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 228, 30, 221)

De acordo com Ferrajoli, a expressão: Estado de direito pode ser entendida em dois sentidos distintos. Em sentido lato, débil, ou formal designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos por lei e exercícios mediante as formas e os procedimentos legalmente prescritos; é um ordenamento regido por um princípio de mera legalidade. Por sua vez, em sentido forte ou substancial, Estado de direito designa aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão submetidos à lei não apenas no que se refere ao seu caráter formal, senão também no que diz respeito ao aspecto substancial, ou seja, ao seu conteúdo; é aquele ordenamento em que todos os poderes, incluindo o legislativo, estão vinculados a princípios substanciais estabelecidos por normas constitucionais, como é o caso da divisão de poderes e dos direitos fundamentais. Em suma, são os ordenamentos regidos por um princípio de estrita legalidade.⁴⁰⁷

Segundo ele, esses dois significados de Estado de direito correspondem a dois modelos normativos diferentes: a) o modelo paleo-juspositivista do Estado legislativo de direito ou Estado legal, que surgiu com o nascimento do Estado moderno, caracterizado pela monopolização da produção jurídica nele próprio; b) o modelo neo-juspositivista do Estado constitucional de direito, resultado da difusão, na Europa, durante o segundo pós-guerra, de constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis. Conforme ressalta o autor, ditos modelos refletem duas experiências históricas distintas, desenvolvidas no continente europeu, resultando ambas de uma tríplice mudança de paradigma: a) na natureza e estrutura do direito; b) na natureza da ciência jurídica; c) e na natureza da atividade jurisdicional.⁴⁰⁸

O primeiro paradigma referido por Ferrajoli é o do direito pré-moderno. Como recorda o autor, nele não havia um sistema jurídico unitário, formado de fontes positivas do direito.

⁴⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 461-462; Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 13-14. Para Ferrajoli, o paradigma do Estado de direito é sempre o mesmo: o desenvolvimento de uma esfera pública que tutele o conjunto dos direitos fundamentais estipulados nos pactos fundadores da convivência social, que são as constituições, como objetivo e razão de ser tanto do direito quanto do próprio Estado. (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 148) Explica Ferrajoli, que as expressões “Estado de direito em sentido forte” e “Estado constitucional de direito” não têm o mesmo significado. Estado de direito em sentido forte significa que a lei e toda a produção jurídica estão, de fato, ainda que não de direito, subordinadas a princípios normativos como sejam: as liberdades fundamentais e a separação de poderes. É o que acontece, por exemplo, na experiência inglesa que, não obstante a ausência de uma constituição formal, ditos princípios estão social e culturalmente arraigados. O nexos biunívoco verificado atualmente, de forma generalizada, entre Estado de direito em sentido forte e constitucionalismo decorre do fato de as constituições rígidas, emergidas no segundo pós-guerra, terem positivado aqueles princípios, sujeitando a eles todos os poderes públicos, cujos atos ficam submetidos ao controle de constitucionalidade contra eventuais violações. (FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 14)

⁴⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 14.

Ou seja, havia um direito de formação não legislativa, produzido jurisprudencial e doutrinariamente: o direito emanava de fontes plurais, dando origem a ordenamentos procedentes de instituições, ao mesmo tempo, diversas e concorrentes entre si, sem que houvesse uma única instituição que monopolizasse em si mesma a produção normativa. Naquele contexto, o direito comum era assegurado por meio do desenvolvimento e atualização da tradição romanística, elaborada doutrinária e jurisprudencialmente, cuja validade dependia não da forma de sua produção, mas da intrínseca justiça dos seus conteúdos. Ali vigorava o princípio *veritas, non auctoritas facit legem*, com o qual, no dizer de Ferrajoli, era possível sustentar o caráter jusnaturalista do fundamento de validade do direito. Por outras palavras, a teoria do direito pré-moderno era o jusnaturalismo.⁴⁰⁹

Com efeito, no direito pré-moderno, na ausência de um sistema exclusivo e exaustivo de fontes positivas, era o direito natural que valia como sistema de normas que se supunha verdadeiras ou justas como direito comum, ou seja, como parâmetro de legitimação tanto das teses da doutrina, quanto da prática judicial.⁴¹⁰ Na experiência pré-moderna, diz Ferrajoli, não tendo o direito posto como seu objeto, mas recebendo-o por meio da tradição e reelaborando-o por meio da sapiência dos doutores, a ciência do direito era imediatamente normativa e se identificava com o próprio direito. Nos compêndios, aduz o autor, encontravam-se sistemas de teses e conceitos jurídicos imediatamente normativos. A atividade judicante, por sua vez, configurava produção jurisdicional do direito.⁴¹¹

O segundo paradigma é o do Estado legislativo e seu correspondente epistemológico: o positivismo jurídico. Expresso na fórmula hobbesiana adiante explicitada, o positivismo jurídico correspondia à instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 868-869; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 15; *Derecho y dolor*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 149-150. “A falta de un sistema formalizado de fuentes positivas, la fuente de legitimación del derecho y el objeto de la ciencia jurídica no era el derecho *positum* por alguna *auctoritas*, sino precisamente su *veritas* o *natura*: o sea, directamente la justicia o el derecho *natural*, inmediatamente extraídos, través de la razón y el conocimiento, de la ciencia ou el saber jurídico”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 879)

⁴¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 17; *Derecho y dolor*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 149-150.

⁴¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 870; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16; *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 870.

legalidade como garantia de certeza e liberdade diante da arbitrariedade.⁴¹² Assim, o Estado de direito nasceu sob a forma de Estado legislativo no momento em que essa instância alcançou realização histórica, precisamente com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido, independentemente do seu conteúdo de justiça. Graças a este princípio e às codificações, que são seu produto, uma norma é válida não porque seja justa, mas por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.⁴¹³

Como dito, esse segundo paradigma foi gerado pela afirmação do monopólio estatal de produção do direito e do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido, que vincula a ideia de Estado legislativo ao positivismo jurídico. Sendo assim, a primeira mudança de paradigma se verifica nos critérios de vigência e validade das normas jurídicas.⁴¹⁴ Com a afirmação do princípio da legalidade, consequência do monopólio estatal da produção do direito, diz Ferrajoli, tem-se uma mudança de paradigma que se fundamenta na máxima hobbesiana: *auctoritas, non veritas facit legem*, configuradora do positivismo jurídico e superadora do princípio ético oposto do jusnaturalismo. Com isso, ocorre uma transformação no critério de legitimação do direito que não mais assenta na autoridade dos doutores, mas na autoridade da fonte produtora; já não na verdade, mas na legalidade; não mais na substância, ou seja, na intrínseca justiça do direito, mas na forma de produção dos atos normativos.⁴¹⁵

Ao contrário do direito pré-moderno, agora, os juízes submetem-se à lei, estando, portanto, vinculados ao princípio da legalidade como única fonte de legitimação das suas decisões. Destarte, a atividade jurisdicional passa a ser concebida como uma atividade cognitiva e não volitiva: em vez de criadora, o juiz terá, agora, a função de verificar a conformidade das condutas com aquilo que for previamente estabelecido segundo a fórmula hobbesiana acima referida, à qual, de ora em diante, corresponde a máxima *veritas, non auctoritas facit iudicium*, que se presta a dar fundamento a todo o complexo de garantias

⁴¹² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 150; Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 15-16.

⁴¹³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 16.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 15.

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y dolor. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 150; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 17.

consistentes na certeza do direito, na igualdade de todos perante a lei, na liberdade em face da arbitrariedade etc.⁴¹⁶

Daqui se segue outra mudança de paradigma no que se refere à ciência do direito: com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito existente, a ciência do direito deixa de ser imediatamente normativa e se torna uma disciplina marcadamente cognoscitiva, ou seja, explicativa em relação ao seu objeto, isto é, ao direito positivo, que passa a ser considerado autônomo em relação a ela. Como anota Ferrajoli, se antes, no direito pré-moderno, os compêndios registravam teses e conceitos jurídicos imediatamente normativos, agora, contém interpretações, comentários e explicações do código civil, ponto de partida indispensável para a argumentação dos juristas. Assim é que, iusnaturalismo e positivismo jurídico, direito natural e direito positivo podem ser entendidos como as duas culturas e as duas experiências que estão na base de dois paradigmas opostos.⁴¹⁷

Por fim, o terceiro paradigma é o do Estado constitucional de direito, isto é, do constitucionalismo rígido. Se a primeira mudança de paradigma resultou do surgimento do Estado moderno e da afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito vigente, a segunda e radical transformação verificou-se com a generalização de constituições rígidas no segundo pós-guerra. Nesse novo paradigma verifica-se a subordinação da própria legalidade, agora garantida por meio de uma específica jurisdição de legitimidade. Trata-se, no dizer de Ferrajoli, de constituições hierarquicamente supraordenadas à lei como norma de reconhecimento de sua validade.

Também, aqui, ocorrem três mudanças em relação ao modelo anterior do Estado legislativo. A primeira verifica-se no plano da teoria do direito, com a revisão da teoria da validade, ou seja, ocorre uma dissociação entre vigência e validade, conducente a uma nova relação entre forma e substância. Com efeito, alteram-se as condições de validade das leis, as quais já não ficam subordinadas apenas à forma de sua produção, ou seja, à competência e ao procedimento, senão também à coerência do seu conteúdo com os princípios de justiça e os

⁴¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neonconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 16. Explica Ferrajoli que, com relação à experiência jurídica pré-moderna, a positivação do direito representou um grande progresso no plano jurídico, político e epistemológico. A natureza jurisprudencial e doutrinária do direito válido, e sua identificação com o direito natural ou com a justiça, não obstante a aparente racionalidade, se resolviam numa total incerteza e arbitrariedade em relação ao direito vigente. Nesse sentido, o princípio da legalidade passa a configurar-se como o princípio constitutivo da experiência jurídica moderna. Entendido como fonte jurídica de legitimação, dito princípio representa um postulado jurídico do juspositivismo sobre o qual descansa a função de garantia do direito diante do arbítrio. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 870)

⁴¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neonconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 16-17.

direitos fundamentais consagrados na constituição. A existência ou vigência das normas, que no paradigma paleo-iuspositivista se havia separado da ideia de justiça, própria do jusnaturalismo, distingue-se, agora, também, da validade, permitindo que uma norma formalmente válida e, portanto, vigente seja considerada substancialmente inválida pelo fato do seu conteúdo, ou do seu significado contrariar outra norma de nível constitucional.⁴¹⁸

Em suma, a primeira mudança ocorre no que diz respeito à distinção entre vigência e validade. Como esclarece Ferrajoli, as condições substanciais de validade das leis, que no paradigma pré-moderno se confundia com os princípios do direito natural, no paradigma paleo-positivista foram substituídos por um princípio puramente formal, que confundia validade com positividade, ingressaram novamente no direito graças a esse terceiro paradigma, que é o Estado constitucional de direito, sob a forma de princípios positivos de justiça, estipulados em normas supraordenadas à legislação, isto é, em normas constitucionais.⁴¹⁹

A segunda mudança ocorreu no plano da interpretação do direito, promovendo uma redefinição do papel conferido à jurisdição: no paradigma do constitucionalismo rígido, o juiz só aplica a lei se constitucionalmente válida. Como consequência, o ato de interpretação-aplicação do direito passa a ser um juízo sobre a própria lei. Como ressalta nosso autor, disso deriva tanto para a cultura jurídica, quanto para a jurisdição uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica, desconhecida para a razão jurídica no positivismo formalista, consistente em assinalar as antinomias e as lacunas existentes no ordenamento jurídico, promover a sua superação por meio das garantias disponíveis, ou projetar as garantias inexistentes.⁴²⁰

A terceira modificação ocorreu no plano da ciência do direito, a qual, com a distinção entre vigência e validade, deixou de ter um caráter meramente explicativo e passou a ter um

⁴¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 20; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18; *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 210. Para que uma norma seja considerada existente ou esteja em vigor, basta que atenda as condições de validade formal, ou seja, aquelas que se referem à competência e ao procedimento para a sua produção. Para que seja válida, no entanto, faz-se necessário preencher as condições de validade substancial, ou seja, aquelas que dizem respeito ao seu conteúdo, isto é, seu significado. Tanto as condições formais exigidas para que uma norma seja existente ou vigente, quanto as condições substanciais necessárias para que a mesma norma seja considerada válida se encontram estipuladas por meio de normas jurídicas disciplinadoras da sua produção em nível normativo superior. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 874)

⁴¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 802.

⁴²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 20; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18-19; *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 878. É exatamente esse novo papel atribuído à jurisdição que justifica a utilização da expressão “jurisdição constitucionalizada”, em substituição à consagrada expressão “jurisdição constitucional”, consoante será explicado no início do quinto capítulo.

caráter crítico e projetivo em relação ao seu objeto, ou seja, ao direito vigente. Como explica Ferrajoli, no Estado constitucional de direito, deixando a constituição de disciplinar apenas a produção normativa, impõe, agora, proibições e obrigações no que se refere aos conteúdos normativos: proibições no que diz respeito aos direitos de liberdades; obrigações no que diz respeito aos direitos sociais. A violação desses limites e vínculos gera antinomias ou lacunas, cabendo à ciência jurídica constatá-las para que sejam sanadas ou preenchidas.⁴²¹

Além das três alterações apontadas acima, o constitucionalismo normativo provocou uma quarta mudança de ordem paradigmática, agora, no plano da teoria política: a subordinação da lei aos conteúdos substanciais representados pelos princípios e direitos fundamentais consagrados na constituição, significa, ademais de uma modificação nas condições de validade da lei, também uma mudança na própria natureza da democracia, a qual, de uma concepção puramente procedimental, passa a incluir uma dimensão substancial, atuando, ao mesmo tempo, como limite e complemento em relação ao modelo anterior: como limite porque aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados correspondem proibições e obrigações que restringem os poderes da maioria que, de outro modo, seriam absolutos; como complemento porque as proibições e obrigações se configuram como outras tantas formas de garantias dos direitos de todos contra os abusos do poder que, como a história já registrou, diz Ferrajoli, constituem ameaça não apenas ao direito, mas ao próprio método democrático.⁴²²

Além disso, como esclarece o jurista, o constitucionalismo rígido, assim delineado, tem como efeito completar, ao mesmo tempo, o Estado de direito e o próprio positivismo jurídico que, por meio dele, alcança sua forma última e mais elaborada: pela sujeição à lei, ou seja, à constituição, do próprio legislador, antes considerado onipotente e, por isso, absoluto, e pela positivação do direito não somente no seu *ser*, isto é, na sua existência, mas também no seu *dever ser*.⁴²³ Sendo assim, o Estado constitucional de direito nada mais é que o direito

⁴²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 20; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 18.

⁴²² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 20; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19; *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 210. Retornar-se-á ao tema no capítulo seguinte, quando se explicitará acerca da concepção ferrajoliana de democracia constitucional, a qual inclui não apenas as dimensões formal e substancial, mas também uma dimensão participativa, delimitando, assim, a esfera dentro da qual a atuação do poder político é considerada legítima, e, por sua vez, o momento em que a intervenção da jurisdição constitucionalizada pode ser considerada (i)legítima.

⁴²³ FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, n. 16, p. 7-20, 2002. p. 7-8; *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19; *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 110-111.

sobre o direito, ou seja, um conjunto de limites e vínculos, formais e substanciais, que devem dirigir-se a todo e qualquer poder, seja ele público ou privado, executivo ou legislativo, não somente interno, mas também em nível internacional.⁴²⁴

O mecanismo jurídico em que se fundamenta consiste na articulação de sua normatividade em diferentes níveis, segundo o modelo de constitucionalismo rígido, conforme assinalado. Regulando o direito tanto no tocante ao seu *ser*, quanto no que se refere ao seu *dever ser*, o Estado constitucional atua não somente sobre os comportamentos humanos, mas se projeta sobre si mesmo, vinculando-se a opções negativas, consistentes em não fazer, ou em abster-se, e positivas, consistentes em fazer, tudo como forma de garantir os direitos fundamentais. Dito modelo já não se assenta somente na máxima *auctoritas, non veritas facit legem*, senão também sobre no princípio da coerência ou, no dizer de Ferrajoli, da *veritas* que deve orientar o juízo de compatibilidade entre as normas de grau inferior em relação àquelas de grau superior.⁴²⁵

Nessa perspectiva, o constitucionalismo não é outra coisa que não a sujeição do direito ao próprio direito, decorrente da dissociação entre vigência e validade, entre mera legalidade e estrita legalidade, entre forma e substância ou, ainda, entre racionalidade formal e racionalidade substancial. O reconhecimento da referida dissociação permite afastar a presunção de legitimidade associada pelo positivismo normativista ao direito positivo, ou seja, a confusão entre legalidade e legitimidade. Nesse sentido, os direitos fundamentais consagrados nas constituições atuam, a um só tempo, como fonte de legitimação e fonte de deslegitimação, de invalidade e de justificação de todo e qualquer poder e, portanto, do próprio direito.⁴²⁶

Em suma, no dizer de Ferrajoli, o constitucionalismo do segundo pós-guerra permitiu, a um só tempo, a superação do positivismo formalista e a configuração do direito como “um *sistema artificial de garantias* constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais”.⁴²⁷ Nesse contexto, o direito passou a ter uma função de garantia graças à transformação ocorrida na sua estrutura formal caracterizada por uma dupla artificialidade: de um lado, a positividade do seu *ser*, que era o traço característico do Estado legislativo e do positivismo jurídico e, do outro, a positividade do seu *dever ser*, que é uma característica peculiar ao Estado constitucional de direito.⁴²⁸

⁴²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 463.

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 463.

⁴²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 775.

⁴²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 19.

⁴²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 19.

Para Ferrajoli, graças a essa dupla artificialidade, que conduziu à ideia de um direito hierarquizado, isto é, de um direito sobre o direito, verificou-se uma inovação na própria estrutura da legalidade, que o autor considera a mais importante conquista do direito contemporâneo, qual seja, a regulação jurídica do próprio direito, não apenas no que diz respeito à forma da sua produção, mas, sobretudo, no tocante aos conteúdos produzidos. Com isso, diz ele, a legalidade positiva ou formal sofreu uma mudança de natureza com o advento do Estado constitucional de direito, no sentido de que não é somente condicionante, mas também condicionada por vínculos jurídicos tanto formais quanto substanciais. Com efeito, de acordo com Ferrajoli, pode-se denominar “modelo” ou “sistema garantista”, em contraposição ao modelo paleopositivista, a este sistema de legalidade no qual essa dupla artificialidade confere um papel de garantia contra o direito ilegítimo.⁴²⁹

Enfim, ao pugnar por um sistema hierarquizado de normas, o constitucionalismo garantista reconhece o caráter normativo da constituição, no plano substancial, como forma de limitação do poder político, o que se dá por meio e para a garantia dos direitos fundamentais. Por meio desses direitos acham-se imbricados no modelo ferrajoliano uma teoria do direito e uma teoria da democracia, vinculadas ambas à regra da separação de poderes. Com efeito, explica Carbonell, que a arquitetura do edifício conceitual e analítico de Ferrajoli baseia-se toda ela numa só noção que o autor concebe como ninguém o havia feito antes, a saber, a de democracia constitucional: o pensamento de Ferrajoli, diz Carbonell, constitui um novo paradigma na teoria do direito e na teoria da democracia, o que equivale dizer, um novo paradigma da democracia constitucional, que significa democracia com respeito aos direitos fundamentais e com divisão de poderes.⁴³⁰ São essas noções, associadas ao papel conferido à jurisdição que possibilitarão a comprovação da hipótese apresentada para a presente investigação.

⁴²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 19-20. Na verdade, as mudanças de paradigma, do direito pré-moderno para o Estado legislativo e deste para o Estado constitucional, significaram, no dizer de Ferrajoli, duas revoluções, ambas com acento no princípio da legalidade. Como subentendido acima, a primeira assentou-se num princípio de mera legalidade; a segunda num princípio de estrita legalidade. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 461-462; *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 868; *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 210. Como pontifica Perfecto Ibáñez, a primeira revolução teve como objetivo vincular legalmente o poder do juiz; a segunda, estabelecer limites e vínculos ao legislador, ou seja, limitar o poder da maioria. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 10)

⁴³⁰ CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 14. No mesmo sentido IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 10.

4. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA: A DEMOCRATIZAÇÃO DA DEMOCRACIA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

4.1. O dilema do constitucionalismo contemporâneo: a constitucionalização dos direitos sociais e a tensão entre exclusão econômica *versus* inclusão social

Parece não ser desprovido de sentido afirmar que, sempre que se trata de questões relacionadas aos direitos sociais, estão presentes disputas em relação às quais se denota algum tipo de argumento destinado a obstacularizar o reconhecimento judicial de pretensões que visam à sua efetivação, o que significa, em última análise, uma tentativa de negar àqueles a qualidade de verdadeiros direitos, em contraposição às liberdades clássicas.⁴³¹ Parafraseando Bolzan de Moraes, sempre surgem novos questionamentos que incluem disputas acerca da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, do papel atribuído à separação de poderes, da legitimidade da jurisdição para intervir no âmbito das políticas públicas, passando pela questão da extensão dos direitos, do mínimo existencial, da reserva do possível etc.⁴³² Também virou lugar-comum falar de políticas públicas como se elas se resumissem ao conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado visando dar concretude aos direitos sociais.⁴³³

Na verdade, essa problemática requer uma análise que seja capaz não apenas de demonstrar o dilema no qual está envolto o constitucionalismo contemporâneo no tocante ao problema da proteção dos direitos sociais, mas também de apontar seus limites e

⁴³¹ HIERRO, Liborio R. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 165-170; PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 11-18.

⁴³² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social*: obstáculos à concretização da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 183.

⁴³³ Políticas públicas “traduzem-se num forte intervencionismo estatal na produção de bens e serviços que aumentam no médio prazo a produtividade do trabalho e a rentabilidade do capital (formação profissional, investigação científica, aeroportos e portos, autoestradas, política industrial e de desenvolvimento regional, parques industriais, telecomunicações, etc., etc.); as políticas sociais são as políticas públicas que decorrem dos direitos económicos e sociais dos trabalhadores e dos cidadãos em geral (população ativa efetiva, crianças, jovens, desempregados, idosos, reformados, “domésticas”, produtores autónomos). Traduzem-se em despesas em bens e serviços consumidos pelos cidadãos gratuitamente ou a preços subsidiados: educação, saúde, serviços sociais, habitação, transportes urbanos, atividades culturais, atividades de tempos livres. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado social, estado providência e de bem-estar. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=21456. Acesso em: 30/12/2012)

possibilidades no que diz respeito a essa matéria. Abstraído o contexto americano, cuja doutrina ainda reluta em reconhecer aqueles direitos,⁴³⁴ a questão deve ser analisada a partir das duas grandes vertentes do pensamento político-constitucional que dominaram o movimento revolucionário francês: trata-se de retornar ao tema do constitucionalismo em sua relação com a democracia e o processo de constitucionalização dos direitos sociais. Com efeito, recorda Pérez Luño, que a primeira fase do constitucionalismo foi marcada por uma ideologia profundamente liberal, de modo que os direitos contemplados nas Declarações de direitos, assim como nas constituições que as sucederam eram patrimônio do indivíduo no seu estado pré-social.⁴³⁵ Como diz Avelãs Nunes, “na ordem liberal, os direitos fundamentais destinavam-se a garantir aos indivíduos a defesa contra a agressão do estado”.⁴³⁶

De fato, ficou consignado no segundo capítulo, que o constitucionalismo moderno foi concebido como técnica de limitação de poder com fins de garantia, permitindo o surgimento de um modelo institucional que configuraria um Estado constitucional de direito, dando ensejo, assim, ao surgimento da categoria dos direitos humanos, sendo o liberalismo, na vertente lockeana, a concepção de direito a ele subjacente. Nessa perspectiva, caberia ao Estado assegurar aos indivíduos a fruição do direito à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência contra a opressão, atuando, ademais, a separação de poderes, juntamente com tais direitos, como mecanismo de limitação do poder em garantia dos próprios direitos.

Viu-se, porém, que a Declaração de direitos, não obstante tenha inclinado nessa direção, recepcionou a doutrina da soberania nacional, de Sieyès que, aliada à teoria da vontade geral, de Rousseau, configura determinada concepção de poder constituinte e, com isso, acabou por incorporar o dogma positivista da onipotência do legislador, orientando o surgimento de um sistema jurídico privado de freios e contrapesos e de outros mecanismos de garantia dos direitos.⁴³⁷ Isso significou a negação da supremacia da constituição e conduziu à desconstitucionalização dos direitos fundamentais, configurando, dessa forma, um constitucionalismo sem constituição e, por conseguinte, um Estado legislativo que perdurou até o início do segundo pós-guerra. Daí, a afirmação acima segundo a qual durante todo o século XIX e boa parte do século XX vigorou, no continente europeu-continental, a teórica

⁴³⁴ ALVES, J. A. Linhares. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p.185-206, 2000. p. 187.

⁴³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 34.

⁴³⁶ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 18.

⁴³⁷ Como se demonstrará adiante, a doutrina posterior ao movimento revolucionário aceitava a onipotência do legislador, mas não a ideia de povo soberano, dotado de um poder constituinte privado de limites.

proclamação constitucional dos direitos fundamentais, porém, com a introdução e a permanência de legislação limitativa daqueles mesmos direitos.

Por outro lado, com relação à democracia não se passou de forma diferente. Com efeito, recorda Fioravanti que, seguindo uma orientação de Sieyès, a Constituição de 1791 contemplou a figura dos “cidadãos ativos” aos quais reservava o exercício do direito de voto: tratava-se de um limite censitário no qual os cidadãos ativos não elegiam diretamente os deputados, mas os eleitores destes. De acordo com o referido autor, isso demonstra que havia um temor em relação à força imediata do povo soberano e, portanto, ao sufrágio universal e direto, configurando, assim, uma constituição imperfeita do ponto de vista democrático, que *conservaba al rey y tenía la voz directa del pueblo*. Contudo, retomando a lógica de uma Revolução que se inspirava naquela ideia, isto é, na ideia de povo soberano, a Constituição de 1793 resolveu completar o caráter democrático do movimento revolucionário, eliminando a figura do rei e introduzindo o sufrágio direto e universal.⁴³⁸

Ainda de acordo com autor, dito documento representou, ao mesmo tempo, uma continuidade e uma descontinuidade em relação à Constituição anterior, de 1791. A continuidade decorria da estrutura monista adotada em ambas as Cartas, no sentido de confiar a representação do sujeito soberano, isto é, da nação ou do povo, a um dos três poderes previstos, sendo este o poder legislativo. Na Constituição da segunda fase do movimento revolucionário, os representantes ou mandatários do povo estavam submetidos ao controle daquele mesmo povo que, por meio das suas assembleias primárias, era considerado um sujeito permanente, de modo que, enquanto os representantes não fossem submetidos a alguma sanção política de revogação dos seus atos, ficavam, *en la practica ordinaria del gobierno*, totalmente privados de limites legais e constitucionais.⁴³⁹

Dita circunstância era comum a ambas as Constituições, especialmente tendo em conta a relação do legislativo com os demais poderes. Nesse sentido, tanto a Constituição de 1791, quanto a de 1793, inspiradas nos ideais rousseauianos, conferiam aos representantes ou mandatários do povo o dever de manter sob seu controle os outros dois poderes, a fim de impedir que a vontade geral, manifestada na lei, pudesse ser traída ou simplesmente obscurecida por aqueles a quem cabia a obrigação de executá-la e de aplicá-la, isto é, pelos

⁴³⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 116. Até o advento do Estado social, o sufrágio universal era considerado pela burguesia “uma reivindicação subversiva dos trabalhadores, como uma espécie de revolução permanente”. AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30.

⁴³⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 117.

administradores e pelos juízes.⁴⁴⁰ Todavia, a Constituição jacobina pode ser tomada em termos de descontinuidade com relação àquela resultante da primeira experiência revolucionária por ter adotado uma Declaração de direitos que começava substituindo a ideia de soberania da nação pela de soberania do povo, entendido este como *universalidad de los ciudadanos franceses vivos*.⁴⁴¹ Ou seja, consagrava o princípio democrático da soberania popular.

Além disso, diz Fioravanti, a Constituição incluía os direitos de solidariedade, a saber: à educação, à assistência e ao trabalho, os quais eram referidos pela Carta anterior entre as disposições fundamentais apenas como promessas para o futuro.⁴⁴² Por fim, a Constituição estabeleceu as premissas para a *una integral demolición de la representación política*, ao prever um mecanismo normativo que visava transformar o procedimento de produção ordinária da lei num procedimento de referendo popular, desenhando, além disso, um modelo de revisão constitucional cuja iniciativa deveria partir das assembleias primárias, nas quais entendia-se reunido o povo soberano.⁴⁴³ Nessa perspectiva, afirma Pérez Luño, a Constituição francesa de 1793 foi importante por seu conteúdo marcadamente democrático, reconhecendo os direitos fundamentais ao trabalho, à proteção contra a pobreza e à educação.⁴⁴⁴

Aqui surgem alguns pontos de reflexão importantes para a presente investigação: se por um lado, o modelo jacobino não contemplava a supramacia da constituição, nem um sistema de freios e contrapesos, não configurando, pois, um Estado constitucional de direito, por outro, consagrava, ao lado dos direitos de matriz liberal, os direitos sociais, como mecanismos de correção das desigualdades, vinculados à ideia de solidariedade e ao princípio democrático. Significa dizer, que entre os revolucionários franceses, especialmente na segunda fase da Revolução, direitos sociais, solidariedade e democracia são noções que se interpenetram, estando, portanto, mutuamente vinculadas. Eram essas noções que, agregadas ao elemento liberal, formavam a trindade: liberdade, igualdade e fraternidade, lema

⁴⁴⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 117.

⁴⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 116-117.

⁴⁴² De acordo com Herrera, diferentemente do que ocorreu com os denominados direitos do homem de conteúdo individual, “os direitos sociais aparecem sempre como fruto de uma revolução inconclusa, não apenas no sentido de movimentos que não conseguem realizar seu programa original [...], mas na ideia de que esta deve ser terminada por e em um novo ordenamento jurídico”. Isso explicaria porque os direitos sociais aparecem mais como políticas estatais e menos como direitos naturais, imprescritíveis e transcendentes. Assim, “desde o início, a ideia de direitos sociais, e mais particularmente, esta referência direta ao social, expressa esse ponto de passagem consciente da insurreição à instituição através da sua positivação em textos” constitucionais. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direito sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-8)

⁴⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 117.

⁴⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 32-33.

pronunciado pela primeira vez por Robspierre, exatamente naquela fase do movimento revolucionário.⁴⁴⁵

No entanto, como lembra Fioravanti, a Constituição jacobina nunca entrou em vigor. Em seu lugar, veio a Constituição de 1795 que, dentre outros aspectos, abandonou a ideia de sufrágio universal e direto, e reintroduziu *las elecciones de segundo grado volviendo a vincular el ejercicio del derecho de voto com el pago de impuestos*.⁴⁴⁶ Com isso, além da ausência de mecanismos destinados a conter o poder político, configuradores, portanto, de um Estado constitucional de direito, esmaeceu, também, o elemento democrático. De fato, de acordo com Fioravanti, as discussões teóricas que se seguiram à Revolução francesa tinham como ponto comum, de um lado, a afirmação do princípio da legalidade e da igualdade formal e, do outro, a oposição da constituição à soberania popular, ainda que não se reconhecesse força normativa à primeira: negava-se a supremacia da constituição ao mesmo tempo em que havia o receio quanto à expansão do princípio democrático.⁴⁴⁷

Com efeito, explica o autor italiano, que o constitucionalismo posterior à Revolução aceitara a herança por ela deixada. O fez, todavia, somente depois de definidos cuidadosamente seus contornos. Dita herança compreendia, precisamente, a supremacia da lei e o princípio da igualdade, entendido este como igual submissão de todos à mesma lei.⁴⁴⁸ Por outro lado, afastava-se com veemência qualquer protagonismo do povo soberano, dotado de um poder constituinte privado de quaisquer limites: *la Revolución podía e debía ser acepta en sus contenidos y principios fundamentales, pero com la condición de que de ella no se originase un movimiento de generalizada y continua puesta en discusión de los poderes*

⁴⁴⁵ PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 79-86. O que se deseja ressaltar desde logo é que, ao contrário do que se costuma afirmar, o princípio da solidariedade está vinculado à ideia de direitos sociais desde o início do constitucionalismo, sendo, portanto, um equívoco pretender vincular contemporaneamente tal princípio tão-somente aos denominados direitos de terceira geração. Como afirma Pérez Luño, os direitos sociais são especificações da igualdade e da solidariedade: *estos derechos se dirigen a explicitar las exigências de los valores de la igualdad y de la solidaridad*. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 181, 205)

⁴⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 118.

⁴⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 129-132, 147.

⁴⁴⁸ A ideia de igualdade formal está diretamente associada à de vontade geral, a qual se justificava em dado momento histórico exatamente porque, por meio da lei geral e abstrata, produto da vontade geral, era possível por fim ao sistema de privilégios próprio do direito estamental. Como esclarece Avelãs Nunes, “a lei exprimia a “vontade geral” expressa no parlamento, o que teve alguma correspondência na realidade, durante o período em que a burguesia desempenhou o seu papel histórico de classe revolucionária, período durante o qual os interesses e os valores da burguesia coincidiram, em boa medida, com o interesse geral, com os objetivos imediatos das massas populares”. (AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18-19)

constituídos.⁴⁴⁹ Para dar cabo da difícil tarefa de negar a um só tempo a supremacia da constituição e o princípio democrático da soberania popular, a doutrina juspublicista europeia-continental oitocentista lançou mão de dois expedientes teóricos.

O primeiro consistia no conceito alemão de Estado de direito ou Estado soberano, que conduziu à noção de constituição estatal, distinta, portanto, da ideia de constituição política que prevaleceu durante o processo revolucionário: a constituição estatal carece totalmente de uma origem voluntária e constituinte. Com efeito, reduz todos os agentes públicos, incluídos entre tais as assembleias dos representantes do povo, a uma dimensão institucional peculiar aos poderes e organismos estatais, ou seja, já não se trata de agentes políticos, mas de simples agentes do Estado.⁴⁵⁰ Nesse sentido, afirma Campuzano, que as constituições do positivismo legalista “foram dominadas pela supremacia do princípio da legalidade e acabaram reduzidas a um papel meramente simbólico sob a proteção destrutiva da mitologia estatalista do positivismo” que, ao dotar o ente estatal de “personalidade jurídica e atribuir-lhe a titularidade da soberania, acabou colocando o Estado mais além da constituição e conferindo ao legislador a condição de senhor do direito”.⁴⁵¹

O segundo recurso teórico era proveniente da tradição inglesa e consistia na ideia de soberania do parlamento, a qual não guardava nenhuma relação com a primazia política e institucional dos representantes do povo soberano afirmada duplamente pelos revolucionários franceses. Tratava-se, ao contrário, de negar a existência de um pacto fundamental, isto é, a existência de um poder constituinte capaz de definir os limites de atuação dos demais poderes. Nesse sentido, o parlamento era proclamado soberano porque sua existência não decorria de nenhuma lei constitucional proveniente de uma ordem superior, desejada por um poder precedente que atuava como uma vontade constituinte: o parlamento era soberano, sobretudo, porque não se considerava uma autoridade derivada, isto é, legitimada pelo princípio democrático da soberania popular; ao contrário, era soberano por excluir que tanto ele quanto

⁴⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 132-133. De acordo com o autor, durante todo o século XIX, John Stuart Mill foi a única figura a defender a hipótese de compatibilização entre constitucionalismo e democracia. Para ele, era possível valorar no plano constitucional a extensão do sufrágio, situando no parlamento o lugar no qual, através do exercício dos direitos políticos de participação, o povo soberano se representa em sua complexidade e em seu conjunto, proporcionando assim uma base necessária para a assunção de toda decisão de relevância pública, incluída a eleição do governo. (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 132-133, 144)

⁴⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 147.

⁴⁵¹ CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

a sua produção legislativa derivasse de uma lei constitucional querida por um poder constituinte do povo soberano.⁴⁵²

Como se pode perceber, as constituições do período pós-revolucionário eram de duas espécies: estatais e parlamentárias. Todavia, no dizer de Fioravanti, nenhuma delas podia ser considerada constituição democrática, porquanto excluía qualquer possibilidade de existência de um poder constituinte, ou seja, a possibilidade de auferir sua legitimidade do princípio democrático: *en definitiva, tenemos en Europa distintos regímenes políticos pero ninguna constitución democrática.*⁴⁵³ Na verdade, seguindo a linha adotada até aqui, pode-se afirmar que não havia nem mesmo constituição, uma vez que, naquele período, prevaleceu o dogma da onipotência do legislador. Lembre-se que, além da solução estatalista que conferiu a este último a qualidade de “senhor do direito”, como afirmado acima com Campuzano, foi exatamente a soberania do parlamento inglês que desencadeou o movimento revolucionário americano, dando origem ao verdadeiro constitucionalismo moderno.⁴⁵⁴

Definitivamente, o advento do constitucionalismo europeu-continental deu-se somente com a emergência das constituições rígidas no segundo pós-guerra. Trata-se de um constitucionalismo tardio que, todavia, já nasceu democrático e social. Seu prenúncio ocorreu quando, no dizer de Avelãs Nunes, o Estado deixou de ser liberal transmutando-se em Estado social.⁴⁵⁵ Ali, o elemento democrático aparecia conectado aos direitos sociais, como mecanismo de correção das desigualdades provocadas pelo modelo anterior, significando, pois, um resgate dos ideais revolucionários especialmente da fase jacobina. A esse respeito, recorda Pérez Luño, que o Estado social desponta ainda no século XIX, na medida em que avança o processo de industrialização e o proletariado, adquirindo protagonismo histórico,

⁴⁵² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 146-147.

⁴⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 147,149.

⁴⁵⁴ Desde esse ponto de vista, não se pode sequer falar em confronto entre constitucionalismo e democracia, já que, desde o início, constitucionalismo vem sendo concebido como técnica de limitação do poder.

⁴⁵⁵ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 32. A expressão: “Estado de social” foi cunhada pela primeira vez em 1929-1930, por Hermann Heller. De acordo com seu postulado, a forma de evitar o fascismo era “exatamente desenvolver o Estado de direito até as suas últimas consequências, garantindo um mínimo de solidariedade”. No mesmo sentido, a ampliação da democracia era uma alternativa à ideia defendida por alguns setores da sociedade alemã de implantação de uma ditadura fascista. Uma das ideias de Heller sugeria que o Estado social constituiria um passo a mais no sentido da democratização do próprio Estado. Por meio da democracia social, ter-se-ia ampliada a “esfera democrática para a regulação dos setores econômicos, com a ordem econômica e social colocada à disposição da vontade popular, democraticamente manifestada”. (AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31; BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 51-52)

desenvolve uma consciência de classe e passa a reivindicar, ante os clássicos direitos individuais, produto das revoluções liberais burguesas, os direitos sociais e econômicos.⁴⁵⁶

A partir daí, diz o autor espanhol, o direito ao trabalho e ao seu produto, assim como a o direito à seguridade social integram as novas exigências de proteção jurídica. O documento que orientou essa pauta de reivindicações foi o *Manifiesto Comunista*, editado em 1848. Naquele mesmo ano, a Constituição francesa da Segunda República, fazendo eco a essas exigências e procurando resgatar os ideais da Constituição jacobina, tentou projetar os princípios da Revolução de 1789 à esfera social e econômica: *si ésta había sido la Declaración de la libertad, la del 48 pretendía ser la de la igualdad*.⁴⁵⁷ Nessa mesma direção, ressalta Fioravanti que *la nueva república quería ser no sólo democrática sino también social, y afirmar en la constitución los derechos a la instrucción, a la previsión social y al trabajo que, por primera vez, habían afirmado los jacobinos en su Declaración de 1793*.⁴⁵⁸

O Manifesto Comunista acabou por influenciar a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, promulgada pela União das Repúblicas Socialistas e Soviética, logo após o triunfo da Revolução, em 1918, sendo seu texto incorporado à Constituição soviética, promulgada no mesmo ano, e pretendia ser uma réplica às declarações de direito burguesas. Foi exatamente naquele momento que teve início o conflito entre individualismo e coletivismo, porquanto a Declaração soviética negava reconhecimento a qualquer direito individual, ainda que a Constituição de 1936 tenha incluído um rol de direitos políticos cuja titularidade não se limitava aos trabalhadores, sendo antes extensivos a todos os cidadãos, devendo, porém ser exercidos nos limites e no interesse da coletividade.⁴⁵⁹

Contudo, de acordo com Pérez Luño, foi a Constituição mexicana, de 1917, o primeiro documento jurídico-político que tentou compatibilizar os direitos clássicos de liberdade e os

⁴⁵⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 34.

⁴⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 34.

⁴⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 132. “Em 1848 já se falava na França de democratas socialistas e o estado democrático e social foi então considerado como compromisso possível entre os grupos mais radicais do operariado francês e os partidos representativos da pequena burguesia, implicando o reconhecimento, em favor dos trabalhadores, de certos direitos sociais e econômicos”. (AVELÁS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31) “A Constituição de 1848, ao insistir em seus artigos 1º e 2º sobre o caráter democrático da República francesa, determinou como suas “bases” o trabalho e a ordem pública, que colocou na mesma categoria da propriedade e da família. Os direitos ditos de segunda geração tinham adquirido uma conotação econômica e social expressamente mencionada pelos textos”. É possível enxergar nessa transformação “a influência da ideologia socializante que triunfava nesse período da história”. Deve-se observar, além disso, que “essa nova concepção de direitos correspondia, tanto por sua expressão quantitativa, quanto por sua forma qualitativa, ao avanço do “fato democrático” em sua ressonância político-social e existencial”. (GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 288)

⁴⁵⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 35.

direitos sociais e, com isso, conciliar dois polos de tensão: individualismo-coletivismo. No entanto, o documento mais importante e que melhor reflete o estatuto dos direitos fundamentais na transição do Estado liberal para o Estado social é a Constituição germânica de 1919, a qual reconheceu, ao lado das clássicas liberdades individuais, os direitos sociais, especialmente os referentes à proteção da família, o direito ao trabalho e à educação.⁴⁶⁰ Seu texto serviu de inspiração para todas as cartas posteriores que tentaram conjugar na mesma fórmula político-jurídica as liberdades clássicas e os direitos sociais, econômicos e culturais, como foi o caso da Constituição republicana de Espanha, de 1931.⁴⁶¹

De fato, de conformidade com Avelãs Nunes, foi a Constituição de Weimar que marcou a passagem do Estado liberal para o Estado social e a constitucionalização dos direitos sociais: saúde, educação, habitação etc., e, além disso, pela primeira vez na história das constituições, foi reconhecida a liberdade de organização sindical como direito fundamental dos trabalhadores.⁴⁶² Após a destruição da Constituição de Weimar pelo nazismo,⁴⁶³ assistiu-se, no segundo pós-guerra, o retorno aos regimes democráticos dotados de sentido social. Nesse período, diz Fioravanti, as constituições já não podiam mais ser somente estatais ou parlamentárias, senão que deveriam representar grandes rupturas em relação a todo tipo de totalitarismo: deveriam conter as grandes decisões emanadas do poder constituinte, enunciando princípios básicos como aqueles consagradores da igualdade e dos direitos fundamentais: *la constitución, en cierto sentido, ha vuelto así a poseer, como en tiempo de la revolución, un contenido político que está directamente ligado a la voluntad constituyente del pueblo soberano y que es un contenido democrático.*⁴⁶⁴

Com efeito, pontua o autor italiano, que a Constituição alemã de 1919 representou, até certo ponto, o começo das constituições democráticas. Bem observado, dito documento contém todos os elementos que também integram as constituições democráticas que a sucederam. O primeiro desses elementos, do qual todos os demais derivam é a ideia de um poder constituinte cuja titularidade fora reconhecida ao povo alemão: a constituição existe porque o povo soberano, titular daquele poder, por um ato de vontade, adotou determinadas decisões que lhe imprimiram determinadas características. Ditas decisões, constantes de um documento escrito, de conteúdo normativo, manifestam-se por meio de grandes princípios que

⁴⁶⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 35.

⁴⁶¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 36.

⁴⁶² AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-38.

⁴⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *O Guardião da constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xiii.

⁴⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 149.

*en general se refieren a los derechos de los ciudadanos en el plano civil, político y también social.*⁴⁶⁵

A partir daquela Constituição, se concebe esse conjunto de normas como *verdadero y auténtico núcleo fundamental de la constitución derivado directamente del poder constituyente, de manera que representa el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada constitución*. Sendo assim, a partir do referido documento, as constituições do século XX pretendem superar a forma estatalista e parlamentária, de modo que já não se limitam a organizar os poderes e remeter ao legislador o papel de garantidor dos direitos fundamentais. Ao invés disso, passam a significar um conjunto de princípios fundamentais compartilhados pela comunidade, que o poder constituinte do povo soberano estabeleceu como as bases da convivência social: a partir daqui, tem início *una nueva historia* a qual consiste, até certo ponto, na busca de mecanismos institucionais capazes de garantir a efetividade daqueles princípios.⁴⁶⁶

Os dois aspectos mais importantes dessa problemática, no dizer de Fioravanti, consistem, de um lado, em garantir *el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales*, o que coloca no centro das discussões a questão do controle de constitucionalidade das leis e, de outro, o princípio da igualdade, não mais compreendido como simples proibição de discriminação, passando agora a envolver a questão do *acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil*, como sejam o trabalho, a educação etc., o que põe de manifesto *la otra gran cuestión de la garantía y de la realización de los derechos sociales*.⁴⁶⁷ Aqui, é interessante notar que a questão está colocada pelo autor numa dupla perspectiva: por um lado, a preocupação com a inviolabilidade dos direitos fundamentais; por outro, o problema de efetivar o princípio da igualdade por meio da realização dos direitos sociais, o que, a rigor, deveria significar a mesma coisa.

De acordo com Fioravanti, na Constituição de Weimar, a busca de solução para esses problemas estava apenas começando e se desenvolveu de forma bastante confusa e contraditória: por um lado, afirmaram-se os direitos fundamentais, porém, não cabendo mais o simples reenvio dos conteúdos constitucionais ao legislador, como se passava outrora, especialmente no modelo estatalista, também não ficou previsto nenhum mecanismo de controle de constitucionalidade; por outro lado, imaginou-se que deveria caber ao legislador e aos partidos com representação proporcional no parlamento, a tarefa de atuar os conteúdos

⁴⁶⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 149-150.

⁴⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 150.

⁴⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 150.

constitucionais, especialmente com vistas a assegurar a igualdade mediante a proteção dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que se desconfiava da centralidade do parlamento e pensava-se numa espécie de contrapeso por parte de um presidente eleito diretamente pelo povo que, assim, poderia representar a sua unidade.⁴⁶⁸

Precisamente, diz Fioravanti, este era o novo problema do constitucionalismo em pleno século XX: encontrar uma forma constitucional que fosse capaz de assegurar a estabilidade do princípio democrático. Por outras palavras, era preciso encontrar o equilíbrio entre democracia e constitucionalismo, temas considerados ao longo da história europeia-continental como pertencentes a campos distintos e até mesmo contrapostos: *la primera dirigida a legitimar el poder de quien está llamado a representar al pueblo soberano, el secundo dirigido a limitar ese poder, a establecer condiciones fijas e inderogables para su ejercicio.*⁴⁶⁹ Não obstante as diferenças que possam existir entre as constituições surgidas no segundo pós-guerra, existem pontos semelhantes entre elas que permitem identificar qual foi a concepção de constituição democrática que apareceu nesse período: ditas constituições se caracterizam por representar *una forma nueva e inédita* em relação às antigas doutrinas a respeito da constituição democrática, sendo a mais importante delas a noção de poder constituinte.⁴⁷⁰

Com efeito, explica Fioravanti que, a partir da Constituição de Weimar, a ideia de poder constituinte foi afastando-se cada vez mais daquela que prevaleceu entre os revolucionários franceses, que o concebiam como manifestação permanente da soberania do povo ou da nação. O autor colaciona decisão do Tribunal Constitucional espanhol, de 1983, a qual sustentou que a distinção entre poder constituinte e poder constituído opera não apenas no momento em que se estabelece uma constituição, senão que a vontade e a racionalidade do primeiro fundam a constituição e, para além da sua origem, fundam também e de forma permanente o ordenamento jurídico-estatal, pressupondo, assim, uma limitação à potestade do legislador. Com isso, segundo ele, a ideia de poder constituinte, no contexto europeu-continental, ganhou um novo significado muito próximo daquele adotado pelos colonos americanos, postulando uma legalidade constitucional superior à lei ordinária a qual deveria

⁴⁶⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 151. Uma célebre disputa teórica envolvendo essa questão é a que se deu entre Carl Schmitt, que sustentava a legitimidade do presidente do Reich para realizar o controle de constitucionalidade, e Hans Kelsen, que postulava a existência de Tribunais Constitucionais. (SCHMITTI, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007)

⁴⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 153-154.

⁴⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 161.

atuar como forma de limitação de poder em relação ao legislador, fazendo exsurgir daí uma concepção de democracia constitucional.⁴⁷¹

De fato, de acordo com Campuzano, o constitucionalismo contemporâneo surge como fruto da convergência entre duas tradições constitucionais diferentes que formam as bases do Estado constitucional: a tradição francesa e a tradição americana.⁴⁷² Como recorda o professor de Sevilha, diferentemente do modelo francês, no modelo americano o poder constituinte atua somente no momento inicial, submetendo-se o legislador, em seguida, “aos mecanismos regulados dos poderes constituídos”, fazendo com que a constituição adquira plenitude normativa, ostentando a qualidade de norma fundamental tão logo promulgada: “o momento constituinte não se projeta indefinidamente no tempo, recriando-se permanentemente através da atividade legislativa, mas aparece cronologicamente limitado”. Como consequência, a tensão entre democracia e Estado de direito resolve-se em favor deste último, por meio da lógica da limitação do poder diante da potencial vontade opressora da maioria.⁴⁷³

Nesse contexto, acrescenta Campuzano, “a rigidez constitucional, o sistema de equilíbrios e contrapesos, os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico” configuram um modelo constitucional no qual se garante a supremacia da constituição como norma plenamente jurídica: “o atual paradigma constitucionalista une a esta dimensão garantista, derivada da tradição americana, uma inequívoca função diretiva que consagra a constituição como projeto coletivo de transformação social, incorporando um denso conteúdo substantivo que confere às constituições contemporâneas uma forte dimensão material”.⁴⁷⁴ Dito de outra forma, incorpora o conteúdo social-democrático que já se achava contemplado na Constituição jacobina.

Aliás, convém ressaltar, que esta é a grande novidade do constitucionalismo contemporâneo em relação ao modelo americano, porquanto neste, como se viu, também se

⁴⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 161-162.

⁴⁷² CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

⁴⁷³ CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27. Com o advento das constituições rígidas, a tensão entre democracia e constituição se resolve em favor desta última: o constitucionalismo contemporâneo configura uma técnica de limitação de poder “que alcança em cheio a versão forte da democracia, como expressão de uma vontade geral de marca rousseauiana. (CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38) Nesse sentido, a rigidez constitucional destrói a convicção revolucionária acerca da infalibilidade do legislador. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historias de las constituciones*. 7. ed. Madrid, 2009, p 131)

⁴⁷⁴ CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-29.

achava contemplado, desde o início, o elemento democrático, mas não a consagração dos direitos sociais.⁴⁷⁵ Já o constitucionalismo europeu-continental, como dito, se afirmou como tal somente no segundo pós-guerra, porém, como um constitucionalismo ao mesmo tempo democrático e social, incorporando, assim, uma tradição secular. De fato, consoante explica Bolzan de Moraes, o Estado social ganhou contornos definitivos no segundo pós-guerra, configurando um Estado constitucional, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁴⁷⁶ Ditos objetivos, conforme referido anteriormente, constituíam o lema dos revolucionários franceses, o qual foi consagrado já na Constituição jacobina de 1793, ao lado do princípio democrático.

O que efetivamente importa aqui, é que esse processo histórico que conduziu ao encontro dessas duas tradições culminou com a constitucionalização dos direitos fundamentais, incluídos entre eles os direitos sociais, por meio de um arranjo institucional que compatibilizou na mesma fórmula política constituição e democracia ou Estado de direito e democracia. Daí a pertinência da afirmação de Canotilho, segundo a qual “o Estado constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas com o constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático”. Sendo assim, diz o professor de Coimbra, deverá ser dotado de duas qualidades: Estado de direito e Estado democrático. Tais qualidades não podem ser concebidas separadamente, ou seja, não se pode falar da primeira sem referir-se à segunda, e vice-versa: “o Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”.⁴⁷⁷

Ainda de acordo com Canotilho e Vital Moreira, Estado de direito democrático é um conceito complexo e os dois elementos que o compõe, ou seja, Estado de direito e Estado democrático, não podem ser compreendidos contemporaneamente de forma autônoma: “o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático; há uma democracia de Estado-de-direito, há um Estado-de-direito de democracia”. Esclarecem os autores, que esta ligação material entre os dois elementos constitutivos da noção de Estado democrático de direito não impede a

⁴⁷⁵ Aliás, a mesma concepção de democracia a que se chegou no continente europeu-continental no segundo pós-guerra. Com efeito, explica Roberet Dahl, que “a teoria madisoniana da democracia constitui um esforço para se chegar a uma acomodação entre o poder das maiorias e o das minorias, entre a igualdade política de todos os cidadãos adultos, por um lado, e o desejo de lhes limitar a soberania pelo outro”. (DAHL, Robert A. Um prefácio à teoria democrática. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1989. p. 13)

⁴⁷⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 180-181.

⁴⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. 93.

consideração específica de cada um deles, mas o sentido de um deve ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido do outro.⁴⁷⁸ Como se vê, ocorre aqui uma fusão conceitual que impede entender o Estado de direito como um obstáculo ao desenvolvimento do princípio democrático, ou o Estado democrático alheio aos postulados do Estado de direito.

Ainda no dizer dos autores, a preocupação de qualificar o Estado de direito como democrático decorre do propósito de não deixar que este, isolado do componente democrático, possa ser adotado num sentido puramente formal, ou seja, numa perspectiva não democrática ou mesmo contrária à democracia, como ocorreu frequentemente na histórica quando aquela expressão, cunhada para contrapor-se à ideia de Estado absolutista, fora muitas vezes utilizada “contra a conversão democrática do Estado liberal e, de igual modo, contra a sua transformação em Estado social”.⁴⁷⁹ Como esclarecem Canotilho e Moreira, a qualificação democrática do Estado de direito não significa que as características tradicionalmente atribuídas a este tenham desaparecido, senão que elas têm que ser interpretadas “a uma luz específica e têm de ser unificadas por esse critério”.⁴⁸⁰

Por fim, acrescente-se com os mestres lusitanos, que o Estado democrático de direito tem como objetivo realizar a democracia econômica, social e cultural, fórmula constitucional comumente utilizada como sinônimo de “Estado social” e que “se traduz essencialmente na responsabilidade pública pela promoção do desenvolvimento económico, social e cultural, na proteção dos direitos dos trabalhadores, na satisfação dos níveis básicos de prestações sociais para todos e na correção das desigualdades sociais”.⁴⁸¹ Significa dizer, que o princípio democrático aponta para o ideal de uma democracia material “consubstanciada na realização da democracia *econômica, social e cultural*, na efetivação dos direitos sociais, económicos e culturais, mediante, entre outras coisas, a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”.⁴⁸²

⁴⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 204.

⁴⁷⁹ Como se verá adiante, com Norberto Bobbio, a ideia de Estado de direito não é incompatível com a ideia de Estado social. De acordo com Bercovici, “a suposta antinomia entre Estado de direito e Estado social, tem um caráter ideológico de que a restauração democrático-social não pode ser feita pelo Estado de direito, refletindo a ideia de que a Constituição apenas impõe uma limitação do poder estrutural. Dessa forma, os fins políticos-sociais devem ser relegados para a administração, sendo o Estado social, conseqüentemente, contrário às liberdades individuais. A conclusão desse raciocínio é a incompatibilidade entre Estado de direito e Estado social no plano de uma mesma constituição”. (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 51)

⁴⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 204-205.

⁴⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 209-211.

⁴⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 205-206.

Com efeito, afirma-se que Estado democrático de direito consiste na soma dos elementos conceituais do Estado de direito e do Estado democrático, dando origem a um novo conceito, no qual o democrático qualifica o Estado, fazendo com que os valores da democracia incidam sobre todos os elementos dele constitutivos e, por conseguinte, sobre todo o direito, atuando, pois, como um mecanismo de transformação da realidade: “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado social de direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”.⁴⁸³ Esse novo conceito, aduzem Lenio Streck e Bolzan de Moraes, implica “na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”.⁴⁸⁴

Além disso, assinala Bolzan de Moraes, o Estado democrático de direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, incorpora, efetivamente, a questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser alcançado, mediante a garantia jurídica de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Essa problemática, segundo ele, já se fazia sentir no modelo anterior, isto é, antes da consolidação do Estado como Estado constitucional e democrático, ocorrendo, porém, nesse novo modelo, uma redefinição que lhe atribui novos contornos, porquanto o objetivo de consecução da igualdade se estabelece vinculado a um projeto solidário: “a solidariedade agrega-se a ela compondo um caráter comunitário; aqui estão inclusos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens”.⁴⁸⁵

Aliás, convém acrescentar, é essa a forma de organização política há muito preconizada por Paulo Bonavides, ao se referir, a mais de meio século, ao Estado social da democracia, postulando um modelo de organização política altamente inclusiva. Segundo o jurista cearense, esse modelo apresenta como síntese uma conciliação dialética: “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático; do governo de uma única classe chega-se ao governo de todas as classes”.⁴⁸⁶ Esse também é modelo descrito por García-Pelayo, para quem

⁴⁸³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial os direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 63, nota 55. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

⁴⁸⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 80. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-104. Ver também a respeito: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41-42.

⁴⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

o Estado social democrático significa um processo permanente de construção da sociedade pelo Estado e do Estado pela sociedade, aduzindo, ainda, que, essa modalidade estatal não nega os valores básicos da democracia liberal: a liberdade individual, a propriedade privada, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade por meio do sufrágio universal.⁴⁸⁷

Todavia, segundo o autor, dita organização pretende tornar tais valores mais efetivos, atribuindo-lhes uma base de conteúdo material, partindo do pressuposto de que indivíduos e sociedade não são categorias distintas, mas implicam-se reciprocamente, de maneira que, um não pode realizar-se sem a participação do outro. Lembra o cientista político espanhol, que somente é possível atualizar a liberdade enquanto sistema de garantias formais, se tais garantias forem acompanhadas de condições existenciais mínimas que tornem possível seu exercício real, acrescentando, ainda, que, se nos séculos XVIII e XIX a liberdade era uma exigência da dignidade humana, atualmente se pensa que “a dignidade humana, materializada em princípios sócio-econômicos, é uma condição para o exercício da liberdade”.⁴⁸⁸

Enfim, anota García-Pelayo, que no Estado social democrático, a propriedade individual encontra limites nos interesses gerais da comunidade; a segurança formal deve ser acompanhada pela segurança material, para superar as necessidades econômicas; a segurança jurídica e a igualdade formal devem ser complementadas com condições existenciais mínimas e correção das desigualdades econômicas e sociais; a participação na formação da vontade estatal deve fazer-se acompanhar da participação no produto nacional através de prestações sociais e da participação democrática nas organizações sociais.⁴⁸⁹ Se tudo isso é verdade, ou seja, se o Estado democrático de direito constitui a fórmula política ideal que permite atingir tais objetivos, à qual se chegou após percorrer um longo caminho desde a Revolução francesa,

⁴⁸⁷ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14.

⁴⁸⁸ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14. “Os movimentos sociais do século XIX revelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se formasse uma consciência acerca da necessidade da justiça social. Mas o Estado de direito já não podia se justificar como liberal, precisou abandonar a sua neutralidade para afrontar a maré social, além de integrar a sociedade sem renunciar ao primado do direito. O Estado de direito deixa de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de direito, na medida em que se adota uma dogmática e uma finalidade voltadas para o fomento da justiça social. Desse modo, pode-se dizer que, nas condições do capitalismo avançado, a classe dominante optou pelo Estado social de direito. No entanto, dados os resíduos exploradores que ele alberga, é necessário superá-lo mediante uma nova modalidade de Estado de direito, um Estado que venha a harmonizar-se plenamente com a justiça social”. (VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 133)

⁴⁸⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14. No mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59-63; BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 52-53.

há que se perguntar: por que a necessidade de políticas estatais visando à proteção dos direitos sociais suscita tantas controvérsias?

Para responder a esta pergunta há que se ter em conta que o liberalismo é, ao mesmo tempo, uma doutrina política e uma doutrina econômica.⁴⁹⁰ Ao liberalismo político, diz Canotilho, estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão de poderes; ao liberalismo econômico, o modo de produção capitalista da economia de mercado.⁴⁹¹ Nessa mesma linha, explica Norberto Bobbio, que a ideia de Estado limitado abrange dois aspectos com relação aos quais há que se distinguir: limites dos poderes e limites das funções. O liberalismo é a doutrina do Estado limitado nessas duas perspectivas: para designar os limites dos poderes utiliza-se a expressão: Estado de direito; para referir aos limites de funções emprega-se a expressão: Estado mínimo. Como teoria do Estado limitado, o liberalismo contrapõe, de um lado, o Estado de direito ao Estado absoluto, entendido este como *legibus solutus*, ou seja, poder não sujeito à lei; de outro, o Estado mínimo ao Estado máximo.⁴⁹²

Com efeito, diferentemente do que ocorre com a doutrina liberal do Estado de direito, com a qual guarda total compatibilidade, a ideia de Estado mínimo é antitética à concepção de Estado social. Como afirmava Bobbio, “o Estado de direito pode não ser um Estado mínimo, como ocorre contemporaneamente com o Estado social”.⁴⁹³ Significa dizer, por outras palavras, que na noção de Estado de direito, enquanto Estado cujo poder se acha limitado pela separação de poderes e pelos direitos fundamentais, cabe tanto a concepção de Estado liberal, quanto a de Estado social. É, todavia, na contraposição entre Estado mínimo, correspondente à doutrina econômica do liberalismo, e Estado máximo ou intervencionismo, próprio à doutrina do Estado social, que reside o dilema no qual está envolto o constitucionalismo

⁴⁹⁰ MACEDO, Ubiratan Borges. Liberalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos-Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 531.

⁴⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, 109.

⁴⁹² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 17-18, 29. Para o pensamento liberal, diz Bobbio, a liberdade individual está garantida mais do que pelos mecanismos do Estado de direito, pelo fato de que ao Estado são reconhecidas tarefas que se limitam à manutenção da ordem pública interna e externa. Nesse sentido, duas teorias se interpenetram: a teoria do controle do poder e a teoria da limitação das tarefas; ambas procedem do mesmo tronco, podendo afirmar-se que a segunda é condição de possibilidade para primeira: “o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção; [...] o Estado mínimo é mais controlável do que o Estado máximo”. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 21)

⁴⁹³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 17. Como lembra Lindgren Alves, o *Welfare State*, ou Estado social encontra justificativa até mesmo na filosofia lockeana. (ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p. 185-206, 2000. p. 190) De fato, para Locke, o objetivo fundamental do Estado é a preservação da sociedade e de cada um dos seus membros, jamais detendo o direito de “destruir, escravizar ou de empobrecer deliberadamente os seus súditos”. (LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007. p. 151-154)

contemporâneo.⁴⁹⁴ Daí a advertência de Bolzan de Moraes: “quando se constitucionaliza o Estado democrático de direito, deve-se atentar para o que isso significa e, por consequência, as contradições, limites e possibilidades de realização das promessas constitucionais”.⁴⁹⁵

Para Bolzan, esta é uma questão que não tem merecido a devida atenção da doutrina. O Estado democrático de direito, diz ele, representa uma nova fase na história do Estado de direito o qual nasceu liberal, evoluiu para social permanecendo, porém, marcado pelo enfrentamento dos dilemas não resolvidos e pelas novas crises não superadas: “mantém-se adstrito à tradição do liberalismo, em particular ao seu viés econômico pautado pela doutrina e pelas práticas capitalistas”. Sendo assim, mesmo trazendo consigo a marca das transformações sociais, o Estado democrático de direito enfrenta verdadeiros dilemas no que se refere à efetivação das promessas constitucionais, porquanto seu conteúdo social não se autonomiza do ambiente liberal, “especialmente no que se refere ao seu núcleo econômico”. Com efeito, ele “se torna dependente dessa relação de base construída ante o reconhecimento das conquistas sociais e os interesses do próprio capital, em um pêndulo permanentemente tensionado”.⁴⁹⁶

Isso, segundo o jurista gaúcho, não deixa de produzir consequências, uma vez que o Estado se mantém vinculado “às dores e delícias de ser o que é: um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade”, especialmente no que diz respeito à perspectiva de inclusão social, de um lado, enquanto projeto político-constitucional, e, de outro, “delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostas por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de tal projeto”. Dito de outro modo, nessa nova forma de organização política, a sociedade vive o dilema entre política de inclusão e economia de exclusão, já que o Estado

⁴⁹⁴ De acordo com Bercovici, é possível diferenciar o Estado social em duas concepções: Estado social em sentido estrito e Estado social em sentido amplo. O primeiro é o Estado de bem-estar social, também referido como Estado providência, caracterizado por um amplo sistema de seguridade e assistência social; Estado social em sentido amplo é o Estado intervencionista. (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 54-55)

⁴⁹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 184.

⁴⁹⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 184-185, 189-190.

democrático de direito, apesar de social, não rompeu com o modelo econômico capitalista da economia de mercado, “cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social”.⁴⁹⁷

Avançando nessa reflexão, há que se ter presente que, como pontua Canotilho, no contexto do liberalismo clássico, “se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado de direito, este, por sua vez, criava as condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico”.⁴⁹⁸ No mesmo sentido, recorda Avelãs Nunes, que no período conhecido como capitalismo liberal, o direito legislado pelo parlamento, dominado pela burguesia que emergiu vitoriosa do processo revolucionário, nunca deixou de regular o mercado e a economia em favor do capital: “o papel do direito na ordem jurídica burguesa foi exatamente, desde o início, o de definir as regras do jogo, garantindo a segurança, a previsibilidade, a calculabilidade e a racionalidade no trânsito dos interesses econômicos privados”.⁴⁹⁹

Naquele contexto, o Estado social e o direito por ele produzido surgiram como uma solução de compromisso, “necessário para garantir a paz social” diante das perspectivas “no desenvolvimento dos ideais e das experiências socialistas que influenciaram e mobilizaram os trabalhadores e a opinião pública contra o capitalismo, obrigando a uma nova conformação da ordem jurídica, tornada inevitável para fugir à derrocada iminente”.⁵⁰⁰ No dizer de Avelãs Nunes, o estado social sempre se manteve como uma solução de compromisso, a qual se traduz na “adaptação das estruturas sociais e políticas da sociedade capitalista aos ventos da história e às exigências do tempo histórico, uma espécie de evolução na continuidade, com o objetivo de suavizar as contradições do sistema, anestesiar os contestatários e afastar os riscos de rupturas revolucionárias”.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 183-187; O Estado constitucional entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 170. Sendo assim, afirma o autor, o Estado social “se vê confrontado com seus próprios limites [...] em razão de suas próprias idiossincrasias”. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 180-181)

⁴⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 109.

⁴⁹⁹ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

⁵⁰⁰ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30.

⁵⁰¹ AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30; O Estado capitalista: mudar para permanecer igual e si próprio. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* (orgs.). *Constituição e estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Com efeito, ressalta o autor, “ameaçada a estabilidade da ordem burguesa, a ruptura da sociedade capitalista só podia ser evitada a partir do estado”. Assim, como o estado liberal não podia continuar a assegurar dita missão, o estado capitalista teve de assumir nova configuração, dando origem ao estado social.⁵⁰² Este, por sua vez, conforme assentado acima, afirmou-se em termos definitivos no segundo pós-guerra, configurando um Estado democrático de direito, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ocorre que, simultaneamente à consolidação desse marco institucional, teve início, também, a denominada guerra fria.

Destarte, explica Lindgren Alves que, enquanto durou o clima de confrontação estratégica bipolar, em que competiam entre si as ideologias liberal e socialista, a existência de barreiras tanto comerciais como não comerciais atuava como recurso destinado a garantir a proteção dos Estados. Naquele contexto, o Estado social ou Estado providência era forte nos países centrais, sobretudo “porque dificultava a contaminação das respectivas populações pela utopia antagônica”. Com o fim da guerra fria, marcado simbolicamente pela queda do muro de Berlim, e com o conseqüente fim da bipolaridade estratégica e da competição ideológica entre liberarismo capitalista *versus* socialismo, “o fenômeno mais marcante que se verificou foi a aceleração do processo de globalização econômica”. Com esse processo, diz o autor, “a ideologia que se impôs em escala planetária não foi, entretanto, a da democracia baseada no *Welfare State* e sim a do *laissez faire* absoluto, com a alegação de que a liberdade de mercado levaria à liberdade política e à democracia”.⁵⁰³

Com isso, recorda Alves, se justificou eticamente investimentos econômicos em países governados por regimes autoritários, aceitando-se a supressão das liberdades civis e políticas em nome do crescimento econômico, uma vez que aqueles problemas seriam resolvidos

⁵⁰² AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30-31. Sem negar sua origem, o Estado social procura atender às carências por meio de “políticas compensatórias”, desde que isto não importe “a negação dos fundamentos de suporte do núcleo econômico do liberalismo, que vem recompensado com a socialização dos custos de infraestrutura econômica, de hígidez para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão”. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 190) Nesse sentido, Avelãs Nunes considera que o Estado capitalista mudou para permanecer igual. (AVELÃS NUNES, António José. O Estado capitalista: mudar para permanecer igual a si próprio. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008; *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32)

⁵⁰³ ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p. 185-206, 2000. p. 189-190.

através da “mão invisível do mercado”.⁵⁰⁴ Já em países considerados democráticos, as proteções mercadológicas, trabalhistas e previdenciárias passaram a ser objetadas de forma veemente, condenando-se a própria noção de Estado-providência, a qual passou a ser considerada como obstáculo à competitividade, ao mesmo tempo em que o desemprego passou a ser aceito como uma “fatalidade estrutural”. Aqui, diz o autor, surge um problema para a democracia, posto que, no quadro jurídico-institucional delineado, os direitos humanos somente se realizam na sua indivisibilidade, isto é, incluídos os direitos sociais, no âmbito dos Estados nacionais, por meio das instituições do Estado-providência.⁵⁰⁵

Dito isso, a questão que se levanta é no sentido de saber como é possível superar o dilema do constitucionalismo contemporâneo, consistente na tentativa de compatibilizar na mesma fórmula política o ideal de justiça social com o princípio liberal. Em outras palavras, como é possível realizar a justiça social por meio da redução das desigualdades via efetivação dos direitos sociais, se a organização política acha-se assentada na mesma base econômica própria ao liberalismo clássico, que apresenta como consequência inevitável uma tensão permanente entre exclusão econômica e inclusão social, ou, no dizer de Bolzan de Moraes, entre liberdade liberal e igualdade socialista.⁵⁰⁶ A resposta à presente interrogação parece que pode ser encontrada em Verdú, quando afirma que “o Estado social é a meta que a democracia pretende alcançar”.⁵⁰⁷ Todavia, como bem lembra Dworkin, democracia não é um conceito

⁵⁰⁴ ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p. 185-206, 2000. p. 190-191.

⁵⁰⁵ ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p. 185-206, 2000. p. 191. A dificuldade se agrava com o surgimento da ideia de Estado regulador, que substituiria a fórmula tradicional do Estado social. Por meio de tal ideia afirma-se “as virtudes e o primado da concorrência, da responsabilidade fiscal, da gestão de resultados etc.”, esvaziando-se a noção de Estado social enquanto encarregado do fornecimento de serviços públicos que, muito embora se possa afirmar que seja o “balizador da atuação dos agentes econômicos em nome da salvaguarda do interesse público”, o faz por meio de “autoridades administrativas independentes”, do que são exemplos as agências reguladoras. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 191) Com a crise do capitalismo iniciada em 2008, ocorreu um movimento de intervenção dos Estados para salvar a economia dos países e paralelamente intensificou-se a destruição das conquistas sociais próprias do Estado do Bem-Estar Social, porque, na verdade, trata-se da lógica neoliberal: a intervenção teve por finalidade “salvar os bancos, resgatar a dívida e assegurar os interesses dos mercados financeiros”. Foi exatamente para atingir tais objetivos que se sacrificaram as conquistas resultantes de lutas seculares por parte dos trabalhadores, quais sejam: direitos sociais, serviços públicos e aposentadorias que, no receituário neoliberal, não passa de “despesas inúteis”. (LÖWY, Michael. Sem indignação, nada de grande e significativo ocorre na história. Entrevista à Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=21444. Acesso em: 27/12/2012)

⁵⁰⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 188.

⁵⁰⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 93.

político preciso, podendo, pois, comportar diferentes concepções.⁵⁰⁸ Sendo assim, há que se perquirir acerca de qual concepção de democracia de será capaz de dar conta daquele dilema.

4.2. A teoria garantista da democracia constitucional

Não obstante se reconheça a importância da teoria discursiva da democracia para a formação do direito legítimo, assim como da proposta de democracia participativa de Sousa Santos e Avritzer, que reivindicam a necessidade de ampliação do cânone democrático, tem-se que somente a concepção de democracia constitucional de Luigi Ferrajoli é capaz dar conta de toda essa problemática, especialmente diante do desmonte do Estado do bem-estar social promovido pelo neoliberalismo nos últimos tempos.⁵⁰⁹ De início, é preciso recordar que a ideia de democracia constitucional reflete a busca de legitimidade das instituições por meio da combinação de dois polos que, como dito acima, durante muito tempo, no continente europeu-continental, foram considerados antagônicos: de um lado, o princípio da soberania popular, que se expressa por meio da maioria e seus representantes, de outro, o princípio de constituição, representado por certos direitos e liberdades consideradas fundamentais.⁵¹⁰

Contemporaneamente, em oposição aos que reclamam a ampliação dos espaços para a participação popular, segmentos mais conservadores do liberalismo adotam uma concepção liberal da democracia que pressupõe a garantia de estabilidade do ordenamento político e, por meio dela, a garantia de liberdade e de prosperidade econômica. Significa dizer que, para o pensamento neoliberal, a sobrevivência da liberdade depende da capacidade do sistema político de filtrar as demandas populares por meio da contenção das maiorias. Nesse sentido,

⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 82.

⁵⁰⁹ Optou-se por não discutir as duas propostas teóricas nesse momento. Há que se ressaltar, todavia, que se reputa indispensável a concepção habermasiana de democracia deliberativa, ou teoria discursiva da democracia, no sentido de outorgar maior legitimidade democrática às decisões políticas e, portanto, ao direito. Todavia, ela não dá conta da necessidade de efetivação dos direitos sociais, que exigem a necessidade de intervenção direta dos cidadãos junto às instâncias de democracia representativa, com o suporte da jurisdição. Já a proposta de Sousa e Avritzer atende em parte esse objetivo, sendo, contudo, insuficiente porque se encontra desconectada do constitucionalismo. Além disso, entende-se que essa concepção de democracia participativa acha-se, até certo ponto, contemplada no modelo ferrajoliano. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez. Redondo. Madrid: Trotta, 2010; *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Texto, 2010. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I-II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Tradução de George Sperber. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007; SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar do cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

⁵¹⁰ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006, p. 25.

como no passado, a identificação legalista entre democracia e as formas constitucionais de exercício da liberdade política se converteu no mais importante argumento contrário à reivindicação de uma democracia social ou socialista.⁵¹¹

Contudo, explica Andrea Greppi, que nos últimos tempos, o enfoque jurídico-constitucional tem suplantado as hostes conservadoras, sejam elas liberais ou não, configurando um ideal renovado, oferecendo, destarte, uma nova concepção de democracia na qual a ideia de legitimidade da lei, bem como de todos os atos emanados do poder, seja ele público ou privado, depende da conformidade desses atos com critérios normativos que se acham positivados nas constituições e em documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Segundo o autor, dito postulado se transformou num princípio universal e conduziu a uma nova forma de compreender a democracia, cuja revitalização exige necessariamente que se levem os direitos a sério.⁵¹²

Nesse contexto, um dos argumentos utilizados é aquele segundo o qual os mecanismos contramajoritários, orientados à garantia dos direitos fundamentais, ao invés de debilitar, reforçam a democracia. Seguindo essa linha de raciocínio, os defensores do constitucionalismo contemporâneo, para além da afirmação da garantia dos direitos como condição para o bom funcionamento da democracia, ou seja, de que os direitos fundamentais constituem meras condições do jogo democrático, sustentam que quanto mais fortes forem as garantias dos direitos, maior legitimidade confere o processo democrático.⁵¹³

Com efeito, uma das estratégias para tornar compatível a garantia dos direitos fundamentais com o ideal da soberania popular é considerar que os princípios que conferem legitimidade à vontade soberana do povo integram, eles mesmos, a noção de democracia. Com fundamento nesse postulado, o aperfeiçoamento das garantias constitucionais pode ser considerado um avanço no processo histórico de maturação da própria democracia. Significa dizer, que quanto mais direitos, mais democracia.⁵¹⁴ É exatamente essa a postura de Ferrajoli, ao criticar os que concebem os limites à democracia, assegurados por meio de alguns direitos fundamentais, como condições, pré-condições, pressupostos ou regras preliminares à

⁵¹¹ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 26.

⁵¹² GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 26. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 31. DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵¹³ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 27.

⁵¹⁴ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 28.

democracia.⁵¹⁵ Para Ferrajoli, uma condição, quando considerada necessária, equivale a um requisito essencial e, sendo assim, deve ser incluída na definição do termo que se pretende definir como condição *sine qua non*.⁵¹⁶

Como dito anteriormente, democracia constitucional é um conceito central no edifício teórico de Ferrajoli e, inseparável da sua teoria da validade, tem como foco principal a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais. Sua proposta teórica se insere no projeto político do iluminismo, somado a um diagnóstico preciso acerca das transformações paradigmáticas no âmbito das instituições político-jurídicas ocorridas, sobretudo, na segunda metade do século passado. Nessa perspectiva, aduz Andrea Greppi, as raízes morais do constitucionalismo garantista estão assentadas nas dramáticas experiências de guerras do século XX, assim como nas lutas seculares dos trabalhadores, das mulheres e, de um modo geral, dos povos oprimidos, constituindo, assim, *la ley del más débil*.⁵¹⁷

De início, a concepção ferrajoliana de democracia constitucional inclui duas dimensões da democracia: uma formal, política ou majoritária, e outra substancial: *llamaré democracia formal o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad, y democracia substancial o social al ‘Estado de derecho’ dotado de garantías efectivas tanto liberales como sociales*.⁵¹⁸ Ferrajoli explica essas noções a partir do que ele denomina características estruturais dos direitos fundamentais, associadas ao princípio da igualdade.⁵¹⁹

Segundo ele, os direitos fundamentais constituem a base da igualdade moderna, entendida esta como igualdade em direitos, na medida em que tornam visíveis as duas características estruturais que os distinguem dos demais direitos: a) a universalidade,

⁵¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 6 s.; BOVERO, Michelangelo. *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002. p. 48-51.

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 30-31; Sobre la definición de democracia: una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía*, n. 19, p. 227-240, oct. 2003.

⁵¹⁷ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006, p. 28. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

⁵¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 864. Na perspectiva da teoria política, a democracia está situada no âmbito das formas de governo. Aquilo que Ferrajoli denomina democracia política é apenas a democracia e nada mais. O único adjetivo pertinente à natureza da democracia como tal é “formal”. Significa dizer, que a democracia é formal por definição, no sentido de que consiste numa série de regras para decidir. Uma decisão política pode reconhecer-se democrática somente em virtude de suas formas, e não do seu conteúdo, ou seja, em virtude do quem, isto é da competência ou dos sujeitos da decisão, e do como, ou seja, do procedimento. Ferrajoli atribui ao vocábulo democracia um significado complexo, resultado de um maior número de conotações. (BOVERO, Michelangelo. *Democracia y derechos fundamentales*. *Isonomía*, n. 16, p. 21-38, abr. 2002. p. 22, 31) Como ficará demonstrado adiante, a concepção de democracia de Ferrajoli contempla, além das dimensões formal e substancial, uma dimensão participativa de democracia.

⁵¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 23, 50

consistente no fato de que tais direitos correspondem a todos os cidadãos em igual medida, ao contrário do que se passa com os direitos patrimoniais; b) e a indisponibilidade, que subtrai os direitos fundamentais ao poder de disposição tanto das maiorias políticas, quanto do mercado, limitando, assim, a sua esfera de decidibilidade, ao mesmo tempo em que os vincula à sua tutela e satisfação.⁵²⁰

Com efeito, a positivação dos direitos fundamentais em constituições rígidas no segundo pós-guerra inseriu uma dimensão material não apenas no direito, mas também na democracia, de modo que o constitucionalismo já não pode ser considerado antitético à democracia política ou formal, senão *su necessário complemento sustancial*. Isso gerou, como consequência, a presença de dois tipos distintos de normas sobre a produção do direito no ordenamento jurídico, às quais correspondem as duas dimensões da democracia acima aludidas: às normas formais, que condicionam a vigência ou a existência de uma lei, correspondem a dimensão formal da democracia; às normas substanciais, que condicionam a validade, correspondem a sua dimensão substancial.⁵²¹

Por sua vez, explica Ferrajoli, a dimensão formal da democracia refere-se ao *quem* e ao *como*, isto é, à competência e ao procedimento das decisões políticas que, por seu turno, se acham garantidas por normas formais que as disciplinam e que asseguram a expressão da vontade majoritária; a dimensão substancial refere-se ao *que* das decisões políticas, isto é, ao que pode ser decidido e ao que não pode não ser decidido pela maioria, decisões estas que, por sua vez, acham-se garantidas por normas sobre seu conteúdo ou significado, as quais estão condicionadas ao respeito pelos direitos fundamentais e pelos demais princípios estabelecidos constitucionalmente, sob pena de serem reputadas inválidas.⁵²²

É, pois, nesse sentido que os direitos fundamentais configuram dois tipos de vínculos substanciais aos quais o poder político fica submetido: *vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer*. Nesse contexto, tanto o poder político, quanto o poder do mercado fica circunscrito aos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais, de maneira que nem a maioria e nem mesmo a unanimidade da população pode legitimamente *decidir pela violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social*.⁵²³

⁵²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 23.

⁵²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 23.

⁵²² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 23-24.

⁵²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 24, 51.

Como esclarece Ferrajoli, os direitos fundamentais, porque são garantidos a todos e subtraídos ao poder dispositivo tanto da política quanto do mercado, formam *la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no*. Como consequência, atuam ao mesmo tempo como fatores de legitimação e de deslegitimação das decisões e das não-decisões do poder político. De tudo isso resulta o caráter substancial impresso pelos direitos fundamentais tanto ao Estado de direito, quanto à democracia constitucional.⁵²⁴

Por conseguinte, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, sejam os direitos de liberdade, que impõem proibições de lesão, sejam os direitos sociais, que impõem obrigações ao legislador e à administração, são consideradas normas substanciais porque não dizem respeito à forma, mas à substância, ou ao conteúdo das decisões políticas. No dizer de Ferrajoli, essas noções se prestam a desmistificar a ideia corrente segundo a qual a democracia é um sistema político fundado num conjunto de regras que asseguram a onipotência da maioria.⁵²⁵

Evidentemente, este é um conceito de democracia, mas não de democracia constitucional como pretende nosso autor. Nesse sentido, anota Bovero que, democracia constitucional é uma democracia limitada; numa democracia constitucional, o poder de decisão coletiva encontra limites e vínculos de substância: precisamente os direitos fundamentais circunscrevem a esfera do decidível; assim, num Estado constitucional de direito, os órgãos do poder democrático não são onipotentes, ou seja, a democracia constitucional é incompatível com a onipotência da maioria e mesmo da totalidade dos cidadãos ou seus representantes.⁵²⁶

Do que foi dito até aqui, não é difícil perceber porque a nossa opção pela concepção ferrajoliana de democracia constitucional: por um lado, seu modelo teórico não deixa margem para a existência de poderes absolutos, configurando, definitivamente, uma técnica de limitação de poder com fins de garantia; por outro, porque se revela absolutamente comprometido com a proteção dos direitos sociais, de modo que também não resta qualquer discussão a respeito da eficácia ou não das normas constitucionais que consagram aqueles

⁵²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 24, 51. Os direitos fundamentais são indivisíveis e indisponíveis. Uma vez constitucionalizados tais direitos e reconhecida a superioridade hierárquica da constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, ocorre uma transformação normativa que fixa limites tanto formais quanto substanciais ao exercício do poder político, incluindo a maioria. Nesse sentido, os direitos fundamentais delimitam o âmbito de atuação do poder político, determinando o *quem* e o *como* das decisões, ou a competência e o procedimento e, além disso, o *que* dessas mesmas decisões, ou seja, o seu conteúdo: delimita o que a maioria pode e o que não pode não decidir. (GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 28)

⁵²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 51.

⁵²⁶ BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía*, n. 16, p. 21-38, abr. 2002. p. 32.

direitos. Além disso, ao postular a imposição de limites e vínculos a todos os poderes, inclusive ao mercado, em favor da tutela tanto dos clássicos direitos de liberdade quanto dos direitos sociais, a proposta garantista se coaduna perfeitamente com a fórmula institucional do Estado democrático de direito consagrada nas constituições do segundo pós-guerra, e oferece as condições necessárias para o enfrentamento do dilema entre exclusão econômica *versus* inclusão social.

Nesse sentido, afirma Lenio Streck que, no Brasil, onde o Estado social, ao contrário do que ocorreu no continente europeu, não passou de um simulacro, “o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade”.⁵²⁷ De fato, de acordo com Ferrajoli, o garantismo, enquanto técnica destinada à limitação e à disciplina dos poderes públicos, no sentido de fixar o que estes não devem e o que devem decidir, pode ser concebido a partir de uma conotação estrutural e substancial da democracia, de modo que as garantias, sejam elas liberais ou sociais, consubstanciam “os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto”.⁵²⁸

Lembra, ainda, Ferrajoli que, desde que penetrou na linguagem corrente, a expressão “democracia liberal” passou a significar ausência de limites tanto ao domínio do mercado quanto aos poderes da maioria. Essa convergência, diz nosso autor, deu origem a duas diferentes espécies de absolutismo, porquanto a soma dessas duas ideias é incompatível com a ideia de constituição, designando, na verdade, duas formas convergentes de absolutismo: dos poderes políticos da maioria e o dos poderes econômicos do mercado. Em sentido contrário, a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou, simplesmente, da democracia constitucional reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo e qualquer poder, postulando, como consequência, uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo: *de separación y equilibrio entre poderes, de límite de forma e de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones*.⁵²⁹

Para o jurista italiano, trata-se de um sistema em que tanto a regra da maioria, quanto a do mercado vale somente no âmbito do que ele denomina de esfera de discricionariedade,

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 252.

⁵²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 694.

⁵²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 27-28.

circunscrita e condicionada pela esfera daquilo que é limitado, a qual é constituída pelos direitos fundamentais de todos: *los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales – derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia – que toda mayoría está obligada a satisfacer*. Eis, pois, a substância da democracia constitucional que, como dito acima, pode ser considerada o pacto de convivência baseado na igualdade em direitos.⁵³⁰ Enfim, recorda Ferrajoli, que a democracia constitucional é produto de uma radical mudança de paradigma acerca do papel do direito ocorrida nos últimos cinquenta anos, da qual, todavia, não se tem tomado consciência suficientemente, e cujas formas e técnicas de garantia ainda são insuficientes, especialmente no que se refere aos direitos sociais.⁵³¹

Ainda que seja assim, adota-se a conclusão de Andrea Greppi, segundo a qual na proposta teórica de Ferrajoli, a constituição e as instituições próprias à democracia não são um fim em si mesmas, mas constituem mecanismos destinados à realização da justiça social. Segundo ele, essa versão do constitucionalismo reflete as aspirações igualitárias da tradição radical e socialista: *los medios son liberales, los fines socialistas o más propiamente liberal-socialistas*, servindo, ademais, à constitucionalização dos conteúdos da democracia como meio de defesa contra o desmantelamento do Estado social.

Esclarece Greppi que, na perspectiva ferrajoliana, o direito vigente desmente uma opinião dominante segundo a qual seria inevitável sucumbir ante a lógica do mercado ou, mais precisamente, *ante la ideología de un mercado que no reconoce límites normativos*. Sendo assim, com essa redefinição da democracia, Ferrajoli se propõe reeditar *el impulso progresivo que estuvo en la base del consenso social y político de la segunda posguerra*, um consenso que durante os últimos anos tem servido, ao mesmo tempo, como bandeira contra o totalitarismo e a favor de integrar os interesses e as demandas de todos: *en la recuperación de ese consenso estaría o remedio mejor frente a la degeneración de la política democrática*.⁵³²

Por outro lado, acrescenta o autor, a proposta de Ferrajoli é coerente com as aspirações que têm levado ao reconhecimento universal dos direitos humanos. A atribuição de um caráter universal às normas sobre direitos e seu reconhecimento formal em diversos textos de direito positivo implica, também, o fato de que, se existem normas com um âmbito de aplicação universal e que valem igualmente para todos, há que se concluir que nenhum poder estará

⁵³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 27-28.

⁵³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 27-32; *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 28; *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 27-32.

⁵³² GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en lo pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 28.

isento ao seu cumprimento. Com efeito, nenhuma vontade estará acima dos direitos; nenhuma maioria e nem mesmo toda a população. Sendo assim, da tese puramente jurídica da universalidade dos direitos fundamentais implica, como derivação lógica, a sua indisponibilidade. Por outro lado, a afirmação da indisponibilidade dos direitos fundamentais expressa a vocação de permanência das conquistas políticas da democracia. Como consequência, na democracia, ninguém está autorizado a tomar decisões que suponha prejuízo para a própria democracia.⁵³³

De fato, para Ferrajoli, os direitos políticos, o pluralismo e a separação de poderes constituem o sistema de regras que compõem a democracia política e, por isso, estão abrangidos pelos limites substanciais, fazendo parte, pois, do conteúdo da democracia. Como recorda nosso autor, não se trata apenas de uma hipótese: no século passado, diz ele, nazistas e fascistas se apoderaram do poder por vias legais e logo o entregaram democrática e tragicamente a um chefe que acabou por suprimir a própria democracia. E foi exatamente aquela trágica experiência que operou na Europa, no segundo pós-guerra, uma mudança de paradigma que conduziu à constitucionalização tanto do direito quanto da democracia.⁵³⁴

Assentada, pois, a importância da concepção ferrajoliana de democracia constitucional para os objetivos de efetivação dos direitos sociais, ou, como se vem afirmando, para enfrentar o problema da tensão entre exclusão econômica *versus* inclusão social, é preciso reconhecer que ela ainda é insuficiente para a consecução desse desiderato, porquanto não faz qualquer referência à participação dos cidadãos para além do voto nas eleições. Todavia, é possível afirmar, a partir de certos escritos do autor, que sua proposta teórica inclui, além das dimensões formal e substancial, uma dimensão participativa da democracia. Com efeito, para Ferrajoli, *las luchas por los derechos son el vehículo necesario mediante el que se afirman necesidades vitales insatisfechas*.⁵³⁵ Essas lutas são individuais e coletivas, e devem ocorrer

⁵³³ GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en lo pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 29-30. Acrescenta o autor que, em Ferrajoli, não obstante os direitos fundamentais tenham caráter histórico, isto é, não tenha como origem uma autoridade distinta e superior à vontade popular, a proteção especial outorgada às normas que consagram aqueles direitos impede a sua abrogação, ou seja, impede que os direitos fundamentais sejam desconstitucionalizados. Afastados os argumentos extrajurídicos, é o próprio direito positivo vigente que prescreve e as instituições do Estado de direito, especialmente os juizes e tribunais têm o dever de velar pelo seu cumprimento. Além disso, se ninguém está autorizado a atuar contrariamente aos direitos, mas somente em favor deles, os direitos fundamentais estão destinados a um processo de expansão progressiva, de modo que acontecerá uma ampliação dos seus conteúdos, o que significa última análise uma ampliação da própria democracia: *nuevos derechos y nuevas técnicas de garantía son sinónimo de más democracia*. (GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en lo pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. p. 29-30)

⁵³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 30-31.

⁵³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 946

não apenas com vistas ao reconhecimento, mas, sobretudo, à efetivação principalmente dos direitos sociais.

Nesse sentido, afirma o autor que, até certo ponto, é fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir seus princípios em normas constitucionais aptas a deslegitimar normas inferiores com elas incompatíveis; difícil é desenvolver as técnicas legislativas e judiciais adequadas a tornar efetivos os princípios constitucionais e os direitos fundamentais: para além da elaboração no plano teórico e normativo dos princípios, dos direitos e suas garantias, difícil é defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias. Dito problema, diz Ferrajoli, deixa de ser uma questão jurídica para tornar-se uma questão de fato, relacionada com as condições em que se desenvolve a vida do direito, isto é, o compromisso dos poderes públicos e das instituições, somado à maturidade democrática das forças políticas e sociais e à disposição de lutar pelos direitos.⁵³⁶

Segundo Ferrajoli, é necessário o apoio prático ao sistema contra “a natureza vocacional antigarantista de todos os poderes”, sejam eles públicos ou privados. O autor critica aquilo que denomina *falácia policista* e *falácia garantista*: a falácia policista consiste na ideia segundo a qual é suficiente a força de um poder bom para satisfazer a função de tutela reservada ao direito; acreditando-se na possibilidade de existência de um poder com essa característica, aposta-se na sua capacidade de desempenhar tal função independentemente da mediação de um complexo sistema normativo de garantias que seja capaz de lhe impor limites e vínculos, assim como da necessidade de torná-lo ilegítimo;⁵³⁷ a falácia garantista, por sua vez, baseia-se na crença em um direito bom, dotado de um avançado sistema de garantias constitucionais, apto a conter o poder e por a salvo de sua atuação os direitos fundamentais.⁵³⁸

Todavia, lembra autor, que a experiência tem revelado que “nenhuma garantia jurídica pode sustentar-se exclusivamente sobre normas” e que nenhum direito fundamental pode atuar na realidade concreta sem o apoio de lutas tanto da parte dos seus titulares quanto da

⁵³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 940-941.

⁵³⁷ Diante de algumas teorizações contemporâneas que concebem o direito como uma obra coletiva e cooperativa e que parecem assumir, ainda que de forma implícita, uma grande confiança na bondade do poder, ou da anomia, a teoria geral do garantismo retira da ideia já presente tanto em Locke quanto em Montesquieu, de que existe um potencial abusivo inerente ao poder, sendo necessária a sua neutralização, concebendo-se o direito como um sistema de garantias, de limites e vínculos imputados ao poder, para o fim de tutela dos direitos. Sendo assim, o garantismo opõe-se tanto ao autoritarismo, no campo da política, quanto ao decisionismo no âmbito do direito: no primeiro caso, sustenta uma concepção de democracia constitucional; no segundo, sustenta o princípio da legalidade. (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 21-22)

⁵³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 941.

solidariedade das forças políticas e sociais: um sistema jurídico, ainda que tecnicamente perfeito, é insuficiente para, por si só, promover a garantia dos direitos fundamentais. Com efeito, resume Ferrajoli, é este substrato político, material e cultural do direito, composto pela lealdade das forças políticas às regras do jogo, acrescido da consciência dos cidadãos acerca dos direitos próprios e alheios, de lutas individuais e coletivas visando sua defesa e desenvolvimento, além da consciência de todos acerca das carências e das desvios dos poderes nos diferentes níveis do ordenamento, que forma a praxis do garantismo e o conjunto de garantias externas não menos importantes que as garantias internas ou jurídicas, destinadas à efetividade dos direitos fundamentais.⁵³⁹

Mais recentemente, em *Poderes salvajes*, para além do método democrático, através do qual os cidadãos podem participar livremente do processo político, Ferrajoli defende que se desenvolva também *nuevas formas de ciudadanía ativa y de democracia participativa, basadas en la directa intervención de los ciudadanos en los procesos decisionales*. Dito mecanismo deve atuar a partir de pressão desde a base, exercida por movimentos ou associações através de debate político em torno de questões específicas, ou a partir de cima, por meio de consultas, assembleias, ou sondagens promovidas por partidos e pela própria administração.⁵⁴⁰ Em suma, como se percebe, a concepção de democracia constitucional de Ferrajoli contempla três dimensões da democracia: uma dimensão formal; uma dimensão substancial; e uma dimensão participativa. É exatamente essa última dimensão, aliada à possibilidade do recurso à jurisdição, a condição de possibilidade para avançar na efetivação dos direitos sociais. Contudo, resta saber qual papel cabe à solidariedade nesse contexto.

4.3. Constituição, participação e jurisdição: o papel da solidariedade como mecanismo de enfrentamento do dilema exclusão econômica versus inclusão social

Ao inserir a dimensão participativa na sua concepção de democracia constitucional, conforme demonstrado acima, Ferrajoli afirma que o principal obstáculo a formas de participação reside não propriamente na passividade política ou no indiferentismo ocasionado pela crise da democracia política. Apesar disso, diz ele, existem inúmeras formas de associativismo, de voluntariados etc., organizados para a defesa dos mais diversos interesses.

⁵³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 942.

⁵⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 98-99. Nesse escrito, Ferrajoli, remete, entre outros textos sobre democracia participativa, a ALLEGRETTI, Humberto (a cura). *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*. Firenze: Firenze University Press, 2010.

Para Ferrajoli, a dificuldade está no fechamento das instituições políticas e dos próprios partidos que se tornam impermeáveis aos estímulos externos, os quais somente poderiam ser removidos pela pressão social, por meio de uma batalha dirigida a refundar a legitimidade das forças políticas sobre a capacidade de abrir-se à conformação e ao controle dos interessados no resultado das decisões políticas, assim como de permitir-se a orientar e ser influenciados pelas demandas e pelos debates por eles mesmos promovidos.⁵⁴¹

No Brasil, por sua vez, assinala Avritzer que “com a Constituição de 1988, foi dada a partida para a formação de uma vasta institucionalidade” que inclui “conselhos de saúde, assistência social, orçamentos participativos, e planos diretores municipais, entre outros arranjos”, demonstrando “a presença de formas amplas de participação na democracia brasileira”.⁵⁴² Existe também uma vasta literatura sobre as formas de participação. Todavia, chama a atenção atualmente a questão sobre a efetividade desses mecanismos: passou-se a trabalhar tanto no Brasil como em outros países com o tema da efetividade da participação, o que deve ser avaliado a partir dos seus resultados.⁵⁴³

Com relação a essa problemática, ou seja, aos resultados da participação, a questão deve ser analisada a partir de alguns enfoques. O primeiro deles diz respeito à necessidade da participação como forma de promover a inclusão social e reduzir as desigualdades, especialmente num ambiente institucional que traz consigo a marca da exclusão econômica. Nesse sentido, pontuou o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2002, que “para a política e as instituições políticas promoverem o desenvolvimento humano e salvaguardarem a liberdade e a dignidade de todos faz-se necessário alargar e aprofundar a democracia”.⁵⁴⁴ Também, referindo-se especificamente à questão social no contexto do Estado capitalista, recorda Avelãs Nunes, que aos direitos sociais, econômicos e culturais não basta a mera consagração constitucional: “é necessário que se verifiquem determinadas situações através do jogo das forças políticas e sociais que garantam a efetivação desses direitos”.⁵⁴⁵ Significa dizer, que a participação não é apenas uma questão de vontade, mas, sobretudo, de necessidade.

⁵⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 99.

⁵⁴² AVRITZER, Leonardo. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011. p. 13; Sociedade civil instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, 9. 443-459, 2007. p. 443.

⁵⁴³ AVRITZER, Leonardo. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011. p. 13-14.

⁵⁴⁴ *Relatório do Desenvolvimento Humano*. Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002.

⁵⁴⁵ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 59-60.

Tanto é assim que, em alguns países, a participação tem acento constitucional. É o caso do Brasil em que a Constituição, afastando-se de um ideal de democracia pura, estabeleceu uma forma mista de democracia que combina representação e participação. Nesse sentido, explica Bonavides que, “antes que a consciência política do nosso tempo se incline em definitivo por concretizar o modelo integral de democracia em sua expressão direta mais acabada, dispõe o País de um modelo vazado no direito constitucional positivo da Carta de 1988”. Segundo o autor, “a solução de direito positivo para a introdução da democracia participativa se acha na cláusula do parágrafo único do art. 1º da Constituição, onde se estatui que todo poder emana do povo e este o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos do Estatuto Fundamental”.⁵⁴⁶

Na Constituição portuguesa, por sua vez, superada a ideia de transição para o socialismo, prevista originariamente na Carta, aparece em termos expressos o princípio democrático participativo. A esse respeito, explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, que as duas primeiras revisões constitucionais (1982-1989) significaram um “processo de neutralização das narrativas emancipatórias”, que culminou com a “eliminação do objetivo de construção de uma sociedade sem classes (art. 1º); da transição para o socialismo (art. 2º); da socialização dos principais meios de produção e da abolição da exploração e da opressão do homem pelo homem (art. 9º, d)”. Isso implicou uma revisão da constituição econômica, além de uma “substancial redução da dimensão finalista” da Constituição, no que se refere ao ideal de “transformação do sistema econômico”.⁵⁴⁷

Em contrapartida, dizem os autores, foi incorporada, entre os princípios fundamentais, como objetivo da República a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1º), e como objetivo do Estado de direito democrático, a “realização da democracia econômica, social e cultural” e o “aprofundamento da democracia participativa” (art. 2º).⁵⁴⁸ Conforme esclarecem os autores, no texto original da Constituição já era possível verificar a presença de mecanismos de democracia participativa, os quais, todavia, foram sensivelmente ampliados nas revisões que se seguiram, em 1982, 1989 e 1997.⁵⁴⁹ Trata-se de um modelo que admite uma infinidade de arranjos participativos que visam reduzir a distância entre representantes e representados.

⁵⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 345-346.

⁵⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 185.

⁵⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 185.

⁵⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 185.

Nesse sentido, anotam Canotilho e Moreira, que democracia participativa “diz respeito à intervenção dos cidadãos, individualmente ou, sobretudo, através de organizações sociais ou profissionais, nas tomadas de decisão das instâncias do poder, ou nos próprios órgãos do poder”. As suas formas de expressão, dizem os autores, podem consistir na simples participação consultiva até chegar às formas de autoadministração e de autogoverno por parte dos grupos interessados nos serviços públicos.⁵⁵⁰ Trata-se, segundo eles, “de suprir, em certo sentido, a distância entre o poder e os cidadãos decorrentes das formas tradicionais da democracia representativa, em que o envolvimento cívico tem tendência de restringir-se à periódica eleição dos órgãos representativos”.⁵⁵¹

Por fim, aludem os autores lusitanos que, ao referir-se ao “aprofundamento da democracia participativa”, o texto constitucional sugere que “a democracia é um conceito dinâmico, postulando um processo de democratização e não uma estrutura sistêmica fechada: daí a ênfase da Constituição na participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política”.⁵⁵² Como se vê, a participação não pode ser entendida apenas como a abertura de espaço àqueles que têm vontade de participar, mas integra o projeto constitucional especialmente quando se trata de um modelo institucional que se mantém filiado ao modo de produção capitalista da economia de mercado, mas se propõe a realizar a justiça social por meio da efetivação dos direitos sociais.

De tudo isso, decorre uma importante consequência. Melhor explicando, do fato da democracia participativa ter fundamento constitucional decorre que o tema da participação, dos arranjos participativos, inclusive dos seus resultados não pode ser analisado fora do contexto teórico do constitucionalismo. Especialmente em matéria de direitos sociais, há que ficar claro que a participação dos cidadãos deve ter como finalidade, principalmente, a efetivação daqueles direitos, de modo que é necessário ter presente que sempre que não se chegar a resultados minimamente satisfatórios os grupos e comunidades não só podem como devem, uma vez esgotadas as instâncias representativas, conforme será explicitado adiante, valer-se da jurisdição, com a finalidade de ver suas demandas atendidas.

É preciso ficar claro: num Estado constitucional e democrático de direito, ou numa democracia constitucional, especialmente na perspectiva do constitucionalismo garantista,

⁵⁵⁰ O referendo constitui “modo de decisão popular direta de questões inerentes à direção política do Estado ou à condução dos negócios políticos”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 109)

⁵⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 212.

⁵⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 109.

violação ou ameaça de violação a direito, pode sempre ser submetida ao controle da jurisdição, inclusive se tratando de direitos sociais. Isso porque, como bem lembra Cristina Motta, “a jurisdição constitucional é condição de possibilidade de todo sistema jurídico”.⁵⁵³ É ela que, em última instância, mantém o poder político dentro dos seus limites de atuação, em respeito à indisponibilidade dos direitos fundamentais. Com efeito, é preciso conectar os estudos acerca da democracia participativa, tão abundantes no Brasil e no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, à temática do constitucionalismo. Entende-se, pois, que, somente assim, a participação pode chegar a bons resultados, especialmente em termos de efetividade dos direitos sociais.⁵⁵⁴

O último ponto que merece ser destacado aqui é o referente à solidariedade. Como se verá adiante, a doutrina sobre direitos fundamentais, na maioria das vezes, associa o princípio da solidariedade aos direitos fundamentais de terceira geração.⁵⁵⁵ Todavia, trata-se de uma ideia não absolutamente exata. Conforme visto alhures, já na Constituição jacobina a ideia de direitos sociais aparecia vinculada ao mesmo tempo à de igualdade e de solidariedade. Além disso, quando Hermann Heller cunhou pela primeira vez na história a expressão: “Estado social de direito”, por volta de 1929, também associou o seu conteúdo, ou seja, os direitos sociais à ideia de solidariedade. Como lembra Bercovici, a intenção de Heller era opor-se ao fascismo, para o que o Estado de direito deveria ser levado às suas últimas consequências, “garantindo um mínimo de solidariedade”.⁵⁵⁶

De fato, segundo Pérez Luño, os direitos sociais são especificações da igualdade e da solidariedade: *estos derechos se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad*.⁵⁵⁷ Canotilho, por sua vez, afirma que a solidariedade já era uma dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁵⁸ Para o professor de Coimbra, todos os direitos sociais exigem políticas de solidariedade social. Ditos direitos efetivam-se por meio de políticas públicas “orientadas segundo o princípio básico e estruturante da

⁵⁵³ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta /adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95.

⁵⁵⁴ Em seminário apresentado pelo Professor Leonardo Avritzer, no CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, no dia 30/11/2011, sob o título: Instituições participativas e participação social no Brasil, um dos pontos discutidos foi exatamente a questão da efetividade da participação, quando se teve a oportunidade de defender a necessidade de conectar os estudos sobre democracia participativa ao constitucionalismo contemporâneo e à teoria dos direitos fundamentais, com vistas especialmente à redução das desigualdades através da efetivação dos direitos sociais, no que o ministrante colocou-se de acordo.

⁵⁵⁵ Sobre o assunto ver NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 75, p. 145-174, 1999.

⁵⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 51-52.

⁵⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011. p. 181, 205.

⁵⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 387.

solidariedade social”: designa-se, pois, política de solidariedade “o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política gera, cria, e implementa proteções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural”.⁵⁵⁹

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao substituir a expressão “transformação numa sociedade sem classes”, que constava da versão primitiva, e que contemplava a opção socialista, pela fórmula: “construção de uma sociedade livre justa e solidária”, a Constituição portuguesa de 1976 “pretendeu afastar formas doutrinárias e ideologicamente “situadas”, necessariamente controversas, a favor de dimensões teleológicas mais abertas e pluridimensionais”. No entanto, segundo os autores, não se trata de uma forma vazia de conteúdo: para além de uma “ordem garantidora da dignidade da pessoa livre”, uma ordem “referenciada através de momentos de solidariedade e de co-responsabilidade de todos os membros da comunidade uns com os outros, de modo a libertar as pessoas do medo de existência, garantindo uma dimensão social-existencial minimamente digna, abrindo-lhe a via para prestações econômicas, sociais e culturais”.⁵⁶⁰

Com isso, recordam os autores, retoma-se em nova roupagem a fórmula emancipatória inspiradora da Revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, como fez também a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.⁵⁶¹ De fato, o título IV da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, dedicado à solidariedade, inclui um grande número de direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, à assistência social etc., muito embora incluía, juntamente com estes, os direitos considerados de terceira geração: o direito ao ambiente e os decorrentes das relações de consumo.

No Brasil, sustenta Ricardo Torres, que tanto a igualdade quanto a solidariedade são princípios vazios que informam os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos tidos como de solidariedade, como é o caso dos direitos difusos. Contudo, acrescenta o autor, a solidariedade também penetra à ideia de justiça social, ao estabelecer o vínculo que serve de apoio mútuo aos que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais: “a justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos da fraternidade”.⁵⁶²

⁵⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 518-519.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 200-201.

⁵⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 200-201.

⁵⁶² TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.

Também entre nós, a interpretação de Bolzan de Moraes não apenas vincula a solidariedade ao princípio da igualdade e aos direitos sociais, mas o sugere como elemento agregador capaz de fortalecer vínculos entre os indivíduos como forma de estimular a participação. Para o autor, conforme se viu acima, com o Estado democrático de direito ocorreu uma redefinição no conteúdo do Estado no qual o objetivo de consecução da igualdade aparece vinculado a um projeto solidário: “a solidariedade agrega-se a ela compondo um caráter comunitário; aqui estão inclusos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens”.⁵⁶³

O modelo sugerido por Bolzan de Moraes aproxima-se do Estado social sueco referido por Verdú, no qual vigora uma democracia de grupos dentro dos quais se movem os indivíduos, sendo que, por meio dessa articulação, se conseguiu superar o individualismo liberal. Naquele modelo de sociedade, afirma Verdú, para alcançar seus objetivos, os indivíduos se desenvolvem dentro de vários grupos, ocorrendo, assim, “uma simultânea agregação dos mesmos indivíduos em distintos grupos”, o que somente é possível a partir de “uma consciência de solidariedade”. Além disso, existe entre os indivíduos, “uma forte consciência das necessidades comuns” ocorrendo, inclusive, entre eles, o reconhecimento da diferenciação grupal. No dizer do autor, trata-se de um modelo de sociedade de bem-estar onde se verifica um elevado grau de mobilidade social, ao contrário do que comumente ocorre com a “estrutura social do Estado liberal”.⁵⁶⁴

Por fim, convém notar que Ferrajoli formula dois importantes significados para solidariedade, ambos conectados à fenomenologia dos direitos fundamentais: a solidariedade estática, a qual consiste no reconhecimento dos demais cidadãos como iguais, enquanto unidos entre si pela titularidade dos direitos fundamentais; e a solidariedade dinâmica, a qual se manifesta por meio da ação dos sujeitos coletivos formados para a reivindicação ou a defesa dos direitos fundamentais.⁵⁶⁵ Como se pode perceber, o princípio da solidariedade, na forma postulada por Ferrajoli, tanto na sua dimensão estática, orientada ao reconhecimento dos outros como iguais em direitos, quanto na sua dimensão dinâmica, orientado à ação dos sujeitos com a finalidade de defesa dos mesmos direitos, pode exercer um importante papel no sentido do enfrentamento do dilema exclusão econômica *versus* inclusão social, a partir da

⁵⁶³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 80. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-104. Ver também a respeito: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41-42.

⁵⁶⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 94-94.

⁵⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 63.

articulação das noções e da importância do constitucionalismo, da participação e da jurisdição na busca de efetivação dos direitos sociais.

4.4. A gramática da concepção contemporânea de direitos humanos: sobre a discussão em torno das gerações e a necessidade de uma compreensão multidimensional dos direitos fundamentais

Ficou evidenciado no decorrer da presente investigação e, de modo especial, no segundo capítulo, que tanto o constitucionalismo contemporâneo, quanto a noção de Estado constitucional surgido no seu contexto constituem um novo paradigma em relação ao que no constitucionalismo moderno fora referido como direitos do homem. De fato, como anota Flávia Piovesan, partindo do seu caráter histórico, a doutrina ressalta aquilo que vem sendo denominado atualmente de “concepção contemporânea dos direitos humanos”, surgida com a Declaração Universal de 1948, que foi referendada em 1993, por meio da Declaração de Direitos Humanos de Viena.⁵⁶⁶

Com efeito, esclarece a autora, que a concepção contemporânea de direitos humanos é consequência do movimento de internacionalização desses direitos, o qual surgiu no segundo pós-guerra, “como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”. Foi nesse marco histórico que teve início o movimento em defesa da reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional: “a barbárie do totalitarismo significou o rompimento do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito”. Sendo assim, afirma-se que a segunda grande guerra significou a ruptura com o paradigma dos direitos humanos, devendo o pós-guerra significar a sua reconstrução.⁵⁶⁷

Nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um fenômeno surgido no segundo pós-guerra. Surgiu como decorrência das violações dos direitos humanos provocadas pelas atrocidades do movimento nazi-fascista, a partir da crença de que as mesmas poderiam ter sido evitadas se existisse à época um sistema internacional de proteção

⁵⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 698; Direitos humanos, princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 79-99, 2004. p. 80; A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 46.

⁵⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 698; A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

daqueles direitos.⁵⁶⁸ É também nesse contexto que surge uma nova gramática dos direitos humanos, os quais passam a ser entendidos como universais, formando uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual os valores da liberdade e da igualdade se conjugam e se completam.⁵⁶⁹

O caráter de universal dos direitos humanos assenta na crença de que “a condição da pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade”, considerada esta como “valor intrínseco à condição humana”. Isso porque, todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão o fato de pertencer à comunidade humana.⁵⁷⁰ Já com a indivisibilidade dos direitos humanos, fica definitivamente afastada a ideia segundo a qual os direitos civis e políticos merecem ser plenamente reconhecidos, em detrimento dos direitos sociais, econômicos e culturais: “sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais”.⁵⁷¹

Com efeito, a ideia da não justiciabilidade dos direitos sociais tem cunho meramente ideológico, sendo desprovida de qualquer conteúdo científico: “são autênticos e verdadeiros

⁵⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 698; A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 46. Explica Dalmo Dallari, que as constituições do segundo pós-guerra refletem as declarações de direitos surgidas nesse período. Como lembra o autor, a partir da segunda metade do século passado, sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pelas Nações Unidas, no ano de 1948, ocorreram importantes transformações tanto em relação ao conteúdo formal, quanto ao conteúdo substancial das constituições, verificando-se, assim, uma valorização desses documentos, que passaram a ser considerados “base jurídica dos Estados e instrumento de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Ressalta, ainda, Dallari, que um dado importante para uma adequada compreensão desse novo constitucionalismo consiste na estrita relação existente entre constituições e declarações de direitos, as quais promovem a ligação da política com o direito, guardando entre si uma relação de complementaridade por meio da qual, estas apontam os rumos fundamentais para aquelas, além de caber às primeiras tornar efetivos os conteúdos das segundas, justificando, dessa forma, tais conteúdos. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283-284)

⁵⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13; Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 698, A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁵⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 699. De acordo com Dworkin, dignidade humana é, ao mesmo tempo, uma ideia vaga e poderosa: “associada a Kant, mas defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 304-305)

⁵⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 704.

direitos fundamentais, acionáveis e demandam séria e responsável observância”, devendo ser reivindicados como direitos, e não como “caridade, generosidade e compaixão”.⁵⁷² É nesse ambiente teórico que surge uma discussão que, salvo melhor juízo, além de desnecessária, apresenta uma solução que se considera insatisfatória. Superado o jusnaturalismo que serviu de substrato tanto para o constitucionalismo contratualista quanto para a teoria dos direitos fundamentais na modernidade, prevalece o entendimento acerca de uma fundamentação historicista no tocante a esses direitos, sendo conhecida a afirmação de Norberto Bobbio segundo a qual os direitos do homem “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.⁵⁷³

A partir dessa concepção, e especialmente tendo em conta o processo de positivação, os direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁷⁴ foram classificados em diferentes gerações que

⁵⁷² PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 704.

⁵⁷³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 5. Conforme Celso Lafer, existe um vínculo entre a teoria política de Locke e os princípios que serviram de inspiração para a teoria dos direitos do homem no contratualismo: “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo”. Esses limites eram tidos como necessários para que as individualidades pudessem ser livres e resultariam da divisão de poderes e de uma declaração de direitos, devendo as duas constar expressamente de textos constitucionais escritos. É a partir daí que se afirma que os direitos naturais deram origem ao próprio processo de afirmação histórica dos direitos humanos e dos fundamentais. O jusnaturalismo acabou inspirando o constitucionalismo moderno, no qual “os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como: verdade evidente, a compelir a mente. [...] A proclamação dos direitos do homem surge como medida desse tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes”. Uma das consequências de todo esse processo foi a secularização da sociedade. Isso levou a que as declarações de direitos representassem o anseio de proteção por parte dos indivíduos que não mais se sentiam seguros da sua igualdade no plano espiritual, nem no plano temporal, no âmbito dos estamentos ou das ordens às quais pertenciam. Com efeito, a positivação das declarações nas constituições, iniciada no século XVIII, com as revoluções americana e francesa, “tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura”.⁵⁷³ No entanto, o processo de positivação dos conteúdos das declarações de direitos acabou por não desempenhar uma função estabilizadora. O catálogo dos direitos do homem, contemplados em textos constitucionais e em documentos internacionais foi sendo alterado na medida em que também foram ocorrendo mudanças nas condições históricas, não sendo possível atribuir uma dimensão permanente, absoluta e invariável aos direitos do homem que revelaram-se historicamente relativos. Decorreu daí a crítica desenvolvida no âmbito da teoria do direito que passou a considerar ambígua a fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, baseada no conceito de natureza humana, conduzindo, assim, à sua substituição por uma fundamentação historicista. (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 122-123)

⁵⁷⁴ Para efeito da presente investigação considera-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. A primeira expressão designa os direitos reconhecidos à pessoa humana por meio de organismos e constantes de documentos internacionais, desvinculados da ordem constitucional interna de cada Estado, manifestando, portanto, uma pretensão de universalidade e de validade para todos os povos e em todos os tempos, revelando, assim, um inequívoco caráter supranacional; a segunda designa os direitos da pessoa humana reconhecidos e positivados no ordenamento constitucional de cada Estado. Adota-se o entendimento de Sarlet, segundo o qual a distinção terminológica apresenta não apenas implicação do ponto de vista didático, mas também consequências de ordem prática, consoante ficará explicitado adiante. (SARLET, Ingo. Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre:

vão da primeira à quarta, falando-se, atualmente, até de sexta geração, havendo unanimidade na doutrina no que diz respeito à complementaridade de uns em relação aos outros, ou seja, os direitos fundamentais devem ser considerados cumulativamente no curso da história, sendo que o reconhecimento posterior de alguns não invalida ou exclui aqueles anteriormente reconhecidos.⁵⁷⁵

De inspiração jusnaturalista, a primeira geração de direitos fundamentais surgiu com o constitucionalismo ocidental do século XVIII, apresentando esses direitos um conteúdo ideológico liberal-individualista, constituindo as denominadas liberdades negativas. Compreendem, de um lado, os direitos civis, a saber, a vida, a liberdade e a propriedade e, de outro, os direitos políticos, isto é, o direito de associação e o direito à participação no exercício do poder como membro de um organismo investido de autoridade política, ou como eleitor dos membros de um organismo dessa natureza.⁵⁷⁶ Na doutrina do liberalismo, a liberdade religiosa e a liberdade de opinião representavam a emancipação do poder político contra o poder eclesiástico; já a liberdade de iniciativa econômica, representava a emancipação do poder econômico dos indivíduos em face do poder político.⁵⁷⁷

Esses direitos têm como titular o indivíduo isolado e representam a nítida separação entre Estado e sociedade, sendo, pois, considerados direitos de defesa em relação àquele.⁵⁷⁸ Neste sentido, explica Celso Lafer, que os direitos civis são direitos naturais dos indivíduos, que precedem sua entrada na sociedade política por meio do contrato social. Destarte, são direitos do homem na sua individualidade que, assim, os exerce individualmente. Os direitos políticos, por sua vez, são direitos individuais, porém, exercidos coletivamente; o exercício desses direitos só é possível se várias pessoas pretenderem utilizá-los “numa mesma e

Livraria do Advogado, 2009. p. 29; PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 39-40)

⁵⁷⁵ “Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas gerações de direito fundamentais, visto que umbilicalmente vinculadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado Formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores”. (SARLET, Ingo. Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36-37)

⁵⁷⁶ RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 24.

⁵⁷⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 126. “é com a crise da reforma que o ideal de liberdade de consciência surge reforçando os ideais de liberdade política, expresso nos forais medievais e na Magna Carta inglesa e assume um caráter universal”. (MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 531)

⁵⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 563-564; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

convergente direção”, atuando num partido político, participando numa organização sindical, exercendo o direito de greve etc. Conforme o autor, esses direitos foram incorporados pela doutrina liberal durante o século XIX, que os reconheceu como sendo fundamental às práticas democráticas.⁵⁷⁹

É importante destacar com Paulo Bonavides que, assim como os direitos de primeira geração, no século XIX, os direitos de segunda geração, pelo menos no que diz respeito ao seu reconhecimento, dominaram o século XX. Trata-se dos direitos sociais, econômicos e culturais, e bem assim dos “direitos coletivos ou de coletividades”. Surgidos com o constitucionalismo do Estado social, como resultado da ideologia e das reflexões antiliberais, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.⁵⁸⁰ Com efeito, os direitos de segunda geração surgiram no contexto da revolução industrial, sob os influxos da doutrina socialista, em face da crise da denominada democracia liberal e, tendo dominado as constituições do segundo pós-guerra, consistem em prestações positivas por parte do Estado.⁵⁸¹

Aspecto importante para a presente investigação é a lição de Celso Lafer acerca do objeto, titularidade e sujeito passivo dos direitos de segunda geração. Afirma o autor, que esses direitos, legados pelo socialismo, complementam historicamente os direitos da primeira geração, e visam atender às reivindicações das pessoas desprivilegiadas, que têm o direito de participar do bem-estar social, entendido este como “os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo”. Neste sentido, “são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”. Com efeito, o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer, por exemplo, “tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”.⁵⁸²

O titular desses direitos, diz o autor, continua sendo o homem na sua individualidade, decorrendo daí, na perspectiva dos governados, a relação de complementaridade entre os direitos de primeira e os de segunda geração, uma vez que estes últimos “buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”. Nesse contexto, os direitos sociais, econômicos e

⁵⁷⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 127.

⁵⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 564.

⁵⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 564.

⁵⁸² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 127.

culturais são considerados direitos de crédito em relação a toda coletividade via Estado. Apresentam-se, pois, como possibilidade de tornar reais direitos antes considerados numa perspectiva meramente formal. Destarte, conclui o autor: “procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo, em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho”.⁵⁸³

Os direitos de terceira e de quarta geração, por sua vez, também referidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, numa interpretação mais ampliada, seriam os que têm como destinatário o próprio gênero humano, destacando-se o direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao ambiente, à sadia qualidade de vida e à comunicação. Numa interpretação mais restritiva incluem-se os denominados direitos transindividuais, ou coletivos *lato sensu*, gênero do qual são espécies os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito.⁵⁸⁴ Costuma-se afirmar que se trata de direitos cuja titularidade não pertence ao indivíduo isolado, mas inserido num contexto grupal.⁵⁸⁵

A classificação apresentada acima tem recebido severas críticas da doutrina. Para Cançado Trindade, dita classificação corresponde a uma visão atomizada e fragmentada dos direitos humanos no tempo, tratando-se, pois, de uma noção simplista “histórica e juridicamente infundada”.⁵⁸⁶ O principal foco da crítica dirige-se ao fato do termo “gerações” deixar a impressão de sucessão no tempo, de maneira que esses direitos sucederiam ou

⁵⁸³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 127-128. Sobre a titularidade dos direitos de segunda geração ver também: SARLET Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48; WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Novos direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

⁵⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 569; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 131; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48-49; WOLKMER Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Novos direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9. Na última edição do seu Curso de direito constitucional, Paulo Bonavides dedicou um capítulo especificamente à paz, classificando-a como um direito fundamental de quinta geração. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 578-593. Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva identificaram o acesso à água potável como um direito fundamental de sexta dimensão (FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011)

⁵⁸⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 131.

⁵⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXV.

substituiriam uns aos outros: “critica-se a précompreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações”.⁵⁸⁷

Em vez disso, ocorreu a expansão e a cumulação, permitindo uma interação entre os direitos individuais e os direitos sociais, sendo certo que estes últimos antecederam aos primeiros no plano da normativa internacional, por meio das primeiras convenções internacionais do trabalho.⁵⁸⁸ Como anota Cançado Trindade, ao invés da sucessão, ocorreu o fenômeno da expansão e da cumulação dos direitos humanos consagrados ao longo da história, atribuindo um caráter complementar de uns em relação aos outros. Com efeito, contrapondo-se a uma categorização que servia apenas como pretexto para postergar indefinidamente a efetivação dos direitos sociais, afirma-se uma unidade fundamental de concepção, cujo traço característico é a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 386; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 525; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45; PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54-55; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30; FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011. p. 63; SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁵⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXV; PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Direitos humanos, princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 79-99, 2004; A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁵⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXV; *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 24-25; Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 32. De acordo com o autor, a classificação em gerações serviu, no plano internacional, no âmbito das Nações Unidas, somente para que os países capitalistas acusarem os socialistas de violarem direitos humanos e vice-versa. Como resultado dessa disputa, pouco se fez em favor dos direitos humanos em nível internacional por causa da guerra fria: os capitalistas entendiam que direitos humanos eram somente a primeira geração, ou seja, os direitos civis e políticos; os socialistas entendiam que direitos humanos eram somente os direitos sociais, isto é, os da segunda geração, ambos os lados contrariando o próprio espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dizia que os direitos humanos eram únicos e indivisíveis. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional*: Porto Alegre: Fabris, 1995) Para Cançado Trindade, muitos dos direitos sociais ou “componentes destes”, assim como os direitos civis e políticos são justiciáveis. As necessidades de proteção do ser humano opõem-se a construções teóricas postulam uma “pentensa natureza jurídica de determinadas categorias de direitos, buscam negar-lhes meios eficazes de implementação, e separar o econômico do social e do político, como se o ser humano, titular de todos os direitos humanos, pudesse dividir-se nas diferentes áreas de sua atuação”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto.

Daí a opção da doutrina pela substituição do vocábulo “gerações” por “dimensões”.⁵⁹⁰ Neste sentido, leciona Ingo Sarlet que, “a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta tão-somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade” tanto internamente, no contexto do direito constitucional, quanto na esfera do “moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos”.⁵⁹¹

Como se pode inferir, a preocupação dos críticos é com a possibilidade de cisão a que a ideia de gerações poderia conduzir, com repercussão direta no tocante à questão da eficácia e efetivação dos direitos sociais, principalmente no que se refere à possibilidade de justiciabilidade (Cançado Trindade) desses direitos. É neste sentido que, conforme Bolzan de Moraes, a problemática das gerações de direitos fundamentais está diretamente vinculada ao problema da eficácia das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos de segunda geração, isto é, os direitos sociais, econômicos e culturais, “na medida em que estes explícita e tradicionalmente são dependentes de ações estatais que vão além de sua explicitação legislativa”.⁵⁹²

Entretanto, o problema parece não residir na utilização do termo “gerações” para classificar os direitos fundamentais na perspectiva do seu processo de afirmação histórica: a palavra “geração” não é unívoca e pode denotar, mais do que uma ideia de lapso temporal, ou de sucessão no tempo, o momento em que algo se formou, foi gestado etc.⁵⁹³ Logo, o simples

Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXIV.

⁵⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 387; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 525; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45; FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011. p. 64; SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁵⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46. De acordo com Dimitri Dimoulis & Leonardo Martins, essa opção terminológica tem o mérito de evitar os graves equívocos decorrentes da utilização do termo “gerações”. Porém os autores se abstêm de utilizar o termo “dimensões” por considerá-lo inexato. Para eles, utiliza-se a palavra “dimensão” para “indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento”. Entretanto, existem grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados no contexto jurídico, sendo mais adequado falar em categorias ou espécies de direitos fundamentais. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31)

⁵⁹² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.

⁵⁹³ Para Dimitri Dimoulis & Leonardo Martins, o termo “gerações” não é cronologicamente exato, já que até mesmo certos direitos sociais já foram previstos na Constituição francesa de 1791. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30) Há que se considerar, que a consagração desses direitos ocorre definitivamente em documentos internacionais e nas constituições do segundo pós-guerra.

argumento da expansividade, cumulatividade, indivisibilidade, unidade e complementaridade dos direitos fundamentais parece ser suficiente para eliminar qualquer mal-entendido. Ou seja, basta uma adequada compreensão da gramática da concepção contemporânea dos direitos humanos, surgida no segundo pós-guerra.

Com efeito, o entendimento que se adota aqui é no sentido de ressaltar a relevância na utilização da expressão “gerações de direitos fundamentais”, com a finalidade de reafirmar a importância das lutas históricas dos movimentos sociais em defesa do reconhecimento de direitos, para também por de relevo a necessidade de luta para a efetivação daqueles já reconhecidos. Fica-se, portanto, com a lição de Ferrajoli, segundo a qual a história do constitucionalismo tem sido a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos e suas respectivas garantias: não uma história teórica, e sim uma história social e política, já que nenhum desses direitos caiu do céu, sendo, antes, resultado de conquistas por parte de movimentos revolucionários.⁵⁹⁴

O autor lembra as Revoluções americana e francesa, os movimentos do século XIX em favor das constituições, as lutas dos trabalhadores, das mulheres, dos ambientalistas e pacifistas do século XX. Segundo ele, pode-se mesmo afirmar que as diferentes gerações de direitos fundamentais equivalem às tantas outras gerações de movimentos revolucionários. É o caso das primeiras revoluções contra o absolutismo, das constituições alemã e italiana na luta contra o nazismo e o fascismo, configuradoras de pactos fundadores da democracia constitucional, e até mesmo da Carta das Nações Unidas, editada no segundo pós-guerra, que configura um pacto fundador de uma nova ordem contra um antigo regime de anarquia internacional, no qual vigorava a soberania ilimitada por parte dos Estados.⁵⁹⁵

Na verdade, salvo melhor juízo, a origem dessa problemática parece residir no fato de que essa formulação teórica tem sua origem no âmbito da sociologia, especialmente na clássica divisão dos elementos da cidadania proposta por H. T. Marshall, cuja identificação com os direitos civis, políticos e sociais tornou-se uma espécie de referencial paradigmático no desenvolvimento teórico acerca do processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais no mundo ocidental. A periodização proposta por Marshall, diz Wolkmer, tem sido utilizada por diferentes autores, de modo a reproduzir, atualizar ou ampliar as gerações de direitos fundamentais.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y dela democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 777.

⁵⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y dela democracia*. v. 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 777.

⁵⁹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos, MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5. Há quem afirme que a teoria das

De fato, de acordo com o sociólogo inglês, o cenário europeu do século XVIII, especialmente na Inglaterra, favoreceu o surgimento do elemento civil da cidadania, composto pelas liberdades individuais as quais compreendiam: a liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, de pensamento, liberdade religiosa, a propriedade, a liberdade de contratar e o direito de acesso à justiça, o que a doutrina identificou como os direitos fundamentais de primeira geração; o século XIX, por sua vez, consagrou o elemento político da cidadania, consistente no direito de participar no exercício do poder político por meio de mandato eletivo, ou como eleitor, o que parte da doutrina considera os direitos de segunda geração; na primeira metade do século XX consolidou-se o elemento social e econômico da cidadania, correspondente aos direitos sociais e econômicos, considerados, também por setores da doutrina, como os direitos de terceira geração.⁵⁹⁷

O que é importante destacar aqui é que, na classificação proposta por Marshall, cabia a diferentes instituições do Estado a concretização de cada um desses elementos da cidadania, ou seja, dar efetividade aos direitos correspondentes. Com efeito, compreendendo os direitos civis as liberdades negativas, sua concretização cabia ao judiciário; com relação aos direitos políticos, como instituição a eles correspondente tinha-se o parlamento e os conselhos do governo local; a concretização dos direitos sociais e econômicos ocorria por meio de um aparato administrativo encarregado de implementar políticas de educação, assistência social etc.⁵⁹⁸

Não é difícil perceber que toda discussão em torno dos direitos fundamentais e de sua eficácia está permeada por essas ideias, especialmente no sentido de negar a justiciabilidade aos direitos sociais, e até mesmo a sua fundamentalidade. Veja-se, por todos, Norberto Bobbio, o qual fala da difícil convivência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado social, anotando que “os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das

gerações foi elaborada pelo jurista francês Karel Vasak, a partir dos três elementos que constituíram o lema da Revolução francesa: à primeira geração corresponderia os direitos civis e políticos; à segunda, os direitos sociais econômicos e culturais; a terceira, os direitos de solidariedade ou de fraternidade. (PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*: Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55) Evidentemente, essa teorização não poderia ser aceita, porquanto como demonstrado acima, entre os revolucionários franceses, os direitos sociais estavam ligados não apenas à ideia de igualdade, mas, sobretudo, à ideia solidariedade, ou seja, de fraternidade.

⁵⁹⁷ RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 24-25. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos, MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Os novos direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

⁵⁹⁸ RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 24-25. Para um exame mais detido sobre o assunto: MARSHALL, H. T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63-87; CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 8-13.

liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica”. Enquanto estes constituem um direito contra a intervenção do Estado, diz ele, “os direitos sociais significam o direito de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida: a forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação”.⁵⁹⁹

Na sequência, afirma o filósofo que os direitos fundamentais representam o *status quo*, enquanto os direitos sociais são imprevisíveis, devendo ser atendidos sempre que surjam no contexto social: “daí que a integração entre Estado de direito e Estado social não possa dar-se a nível constitucional, mas somente em nível de legislativo e administrativo”. Enquanto os direitos fundamentais constituem a garantia da sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais representam a via de entrada da sociedade no Estado, modificando, desta forma a sua estrutura formal.⁶⁰⁰ Ou seja, para Bobbio, um dos autores que adotam a classificação dos direitos em diferentes gerações, os direitos sociais sequer integram o rol dos direitos fundamentais, e sua efetivação depende sempre da administração, com a mediação do legislador.

Todavia, conforme ficou demonstrado acima, a essa altura parece não haver mais dúvidas a respeito da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, mormente na teorização oferecida por Ferrajoli, para quem, no Estado constitucional, ao poder político não é lícito deixar de decidir com vistas à efetivação daqueles direitos. Resta em aberto a questão da legitimidade da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, assim como a dificuldade de sua realização decorrente da tensão entre liberdade e justiça social, ou, como antes referido, entre exclusão econômica e inclusão social. Para tentar reduzir os obstáculos decorrentes desse tensionamento e atribuir maior legitimidade à atuação do judiciário, postula-se o abandono da teoria dimensional, substituindo-a por uma compreensão multidimensional dos direitos fundamentais.

Para tanto, parte-se do conceito moderno de cidadania em virtude da sua necessária conexão com a própria noção de direitos fundamentais:⁶⁰¹ “desde que o absolutismo foi superado, os conceitos de soberania e cidadania são vinculados à ideia de direitos humanos”.⁶⁰² De fato, conforme Norberto Bobbio, a declaração de direitos que emergiu da

⁵⁹⁹ BOBBIO, Norberto *et al. Dicionário de política*. Brasília: UNB, 2000. p. 401.

⁶⁰⁰ BOBBIO, Norberto *et al. Dicionário de política*. Brasília: UNB, 2000. p. 401.

⁶⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 247.

⁶⁰² ALVES, J. A. Linhares. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p.185-206, 2000. p. 185-186. “Até mesmo a crítica marxista ao Estado de direito subentende a vinculação entre cidadania e direitos humanos. As reservas de Marx aos “direitos burgueses” consagrados nas declarações norte-americanas e francesa do século XVIII prendiam-se à percepção de que, ao protegerem a propriedade privada como um atributo natural e inalienável, elas estabeleciam uma igualdade jurídica meramente formal, legitimando a

Revolução francesa representou uma evolução no pensamento político que teve como uma das suas consequências a inversão nas relações até então vigentes entre governante e governados, “passando-se da prioridade dos deveres dos súditos à preocupação com os direitos do cidadão”.⁶⁰³ Percebe-se, pois, que aqui, a ideia de cidadania está diretamente relacionada ao reconhecimento de direitos ao cidadão, ainda que considerado este individualmente.

Nesse mesmo sentido, é a afirmação de Paulo Bonavides para quem, com a Declaração de direitos que emergiu da Revolução acima referida, o homem-cidadão sucedeu ao homem-súdito. Portanto, naquele contexto considerava-se cidadão o indivíduo titular de direitos perante o Estado.⁶⁰⁴ Recorde-se, ainda, que, conforme consignado acima, a classificação dos direitos fundamentais em gerações teve sua origem em H. T. Marshall, tendo ele identificado os direitos como elementos que integram a cidadania. Enfim, como diz Bobbio, a democracia é a sociedade dos cidadãos e não dos súditos: “os súditos se tornam cidadãos quando lhes são assegurados alguns direitos fundamentais”.⁶⁰⁵ Considerando, pois, o estreito vínculo existente entre cidadania e direitos fundamentais é possível uma aproximação entre esses direitos e certa concepção segundo a qual a cidadania é multidimensional, apresentando, assim, quatro diferentes dimensões, a saber: uma dimensão temporal; uma dimensão espacial; uma dimensão bilateral; e uma dimensão processual.⁶⁰⁶

Segundo Torres, a dimensão temporal da cidadania consiste na visualização dos direitos acima referidos, isto é, “significa estabelecer laços históricos para o aparecimento e afirmação dos direitos em que se consubstancia”; a dimensão espacial consiste em examinar a

exploração capitalista do proletariado. A cidadania política seria, pois, a seu ver, um artifício do capitalismo para administrar a mais-valia em territórios estanques, ocultando a luta de classes, resolúvel somente pela revolução proletária, necessariamente internacionalista. [...] Diferentemente do entendimento marxista, os direitos civis e os direitos políticos não são para Marshall e para a social-democracia clássica, dissimulações falsamente igualitárias; são, ao contrário, instrumentos legais de luta para a conquista dos direitos econômicos e sociais sem recurso à revolução”. (ALVES, J. A. Linhares. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p.185-206, 2000. p. 186-187)

⁶⁰³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 115-116.

⁶⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30; *Curso de direitos constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 562.

⁶⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 1. Sobre o conceito moderno de cidadania ver também: ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 20-22. Sobre a concepção de cidadania como o direito a ter direito ver: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Sobre as transformações da cidadania consultar: CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251-270.

⁶⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 256-257.

cidadania a partir do espaço jurídico de exercício da liberdade, ou seja, a cidadania deve ser examinada nos planos local, nacional e internacional; já a dimensão bilateral compreende os direitos e deveres que nela se expressam; enfim, a dimensão processual, a qual decorre do vínculo entre cidadania, Estado e política, que faz com que aquela não possa “deixar de ser examinada do ponto de vista do processo normativo, entendido no seu sentido de processo legislativo, administrativo e judicial”.⁶⁰⁷

Como dito acima, esse raciocínio pode ser aplicado à teoria dos direitos fundamentais, com a ressalva inicial de que a compreensão multidimensional que ora se postula não diz respeito somente à primeira, segunda, terceira e até a quarta ou mais dimensões referidas pela doutrina, em substituição às denominadas gerações.⁶⁰⁸ A posição aqui assumida é no sentido de que essas diferentes dimensões não passam, na verdade, do desdobramento de uma mesma dimensão dentre as várias dimensões em que os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos: a dimensão histórico-temporal.⁶⁰⁹ Sustenta-se, pois, que na dimensão histórica estão compreendidas as diversas gerações de direito fundamentais, não havendo qualquer incompatibilidade ou inconveniência quanto a isso. Com efeito, para os limites da presente investigação, fica consignado que a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais e, de modo especial, dos direitos sociais, exige que esses direitos sejam compreendidos numa dimensão histórico-temporal, numa dimensão espacial, numa dimensão cultural e, por fim, numa dimensão processual.

Em suma, a teoria dimensional, ou teoria das dimensões deve ser superada, porquanto leva em consideração somente a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, cujo estudo se afigura de extrema relevância. Contudo, uma preocupação com a efetivação deve também enfatizar, além dessa perspectiva, outras dimensões em que a temática dos direitos fundamentais pode ser analisada e compreendida, isto é, a dimensão especial e, por

⁶⁰⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 322.

⁶⁰⁸ Jorge Marmelstein propõe que os direitos fundamentais sejam compreendidos em múltiplas dimensões, falando em dimensão individual-liberal; dimensão social; dimensão de solidariedade e dimensão democrática. (MARMELSTEIN, Jorge. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58). Para Schäfer, as diferentes gerações de direitos fundamentais são, na verdade, diferentes dimensões de um mesmo fenômeno. Os direitos fundamentais são entendidos a partir de diferentes dimensões de acordo com o momento histórico no qual são reconhecidos: à primeira geração corresponde uma dimensão negativa; à segunda, uma dimensão prestacional; à terceira, uma dimensão difusa. (SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39) As posições doutrinárias acima não coincidem com a que se postula na presente investigação.

⁶⁰⁹ Isso fica bem evidenciado, dentre outros autores, na obra de Sarlet, tantas vezes citada aqui, cujo capítulo 2 traz como título: *Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais*. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009). No mesmo sentido: FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011.

consequente, a dimensão processual, pois é por meio do processo que tal efetivação acontece, considerando-se, evidentemente, as esferas em que se desenvolvem as funções estatais: legislativa, executiva e jurisdicional.⁶¹⁰

No que diz respeito à dimensão espacial, discutindo questão de natureza terminológica, Ingo Sarlet esclarece, dentre outros aspectos, que, “pelo prisma do direito internacional, ou na sua dimensão constitucional positiva”, os significados por ele atribuídos às expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são excludentes, nem incompatíveis entre si. Ao contrário, referem-se a “dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas” que, muito embora designem esferas distintas de positivação, apresentam consequências de natureza práticas.⁶¹¹ Uma dessas consequências consiste no fato dos direitos humanos serem consagrados internacionalmente por meio da positivação em documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas a sua efetivação ficar a cargo dos Estados signatários, cabendo aos organismos internacionais atuarem somente de forma subsidiária ou supletiva, no caso de omissão ou de proteção insuficiente.⁶¹²

Por outro lado, o fato do Estado ser responsável pela efetivação dos direitos fundamentais não apenas no âmbito interno, mas também perante a comunidade internacional, tema ao qual se retornará no último capítulo, deve levar a um aumento da preocupação com as formas de tornar efetivos esses direitos ou, como diz Bolzan de Moraes, deve levar à preocupação no sentido da obtenção do máximo de efetividade, com a otimização dos resultados especialmente no que diz respeito aos conteúdos próprios dos direitos sociais, cujo

⁶¹⁰ Em rigor, a perspectiva multidimensional dos direitos fundamentais, aqui defendida, pode ser inferida da própria doutrina, que a ela tem feito referência, mas não de forma explícita e sistematizada. Ingo Sarlet, por exemplo, a ela se refere o tempo todo na obra tantas vezes aqui citada. Não obstante trate de forma sistemática das dimensões de direitos fundamentais para expressar a sua dimensão histórico-temporal, com a finalidade de substituir o termo “gerações” considerado inadequado por ele e por outros autores, na verdade, em diversas passagens é possível encontrar referência a dimensão histórica, dimensão temporal, dimensão positiva, dimensão negativa, dimensão individual e dimensão coletiva, dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Canotilho fala de dimensões garantísticas e dimensões prestacionais. Vieira de Andrade aduz a dimensões instrumentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010) Sendo assim, se revela absolutamente insuficiente uma teoria das dimensões que leve em conta apenas a perspectiva histórico-temporal dos direitos fundamentais.

⁶¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32-35.

⁶¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-5. O caráter subsidiário da jurisdição internacional dos direitos humanos será objeto de reflexão no último tópico do último capítulo.

caráter prestacional está vinculado à implementação desses direitos através da ação política estatal, ou seja, por meio de políticas públicas.⁶¹³

Como bem lembra o autor, diante da ampliação dos catálogos de direitos fundamentais nas constituições, faz-se necessário o enfrentamento do problema de “como tornar tais conteúdos usufruíveis pelos cidadãos”, surgindo também a necessidade de uma reflexão acerca do “caráter de função pública estatal própria à jurisdição, bem como ao seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado democrático de direito”.⁶¹⁴ Com efeito, não obstante o reconhecimento da indispensabilidade da função jurisdicional nesse processo, é importante destacar tanto a dimensão cultural quanto a dimensão processual dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere aos direitos sociais.

Com relação à primeira, é relevante a afirmação de Têmis Limberger, no sentido de que tanto a sociedade quanto os poderes públicos “são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento”. Segundo a autora, isso ocorre porque as pessoas não costumam reclamar e, para aquelas que reclamam, a resposta é quase sempre tardia. Por conseguinte, tem-se que a ideia de um “constitucionalismo de submissão dos cidadãos e das autoridades públicas à Constituição ainda é um desiderato”, pois que esta, enquanto corpo normativo hierarquicamente superior encarregado de coordenar a conduta dos agentes públicos e dos indivíduos de um modo geral “carece de cumprimento substancial”.⁶¹⁵

Isso faz com que se possa afirmar a necessidade de desenvolver uma “cultura dos direitos fundamentais, ou dos direitos humanos”, no sentido de formar uma consciência relacionada tanto à reivindicação como ao cumprimento das obrigações destinadas à satisfação desses direitos. Além disso, uma dimensão cultural dos direitos fundamentais requer também uma cultura da participação e da solidariedade, assim como a crença nas instituições, especialmente no judiciário: não necessariamente o acesso imediato ao judiciário,

⁶¹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 74-75

⁶¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75-76

⁶¹⁵ TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 217.

mas a certeza de que com ele cidadãos e comunidades poderão contar em caso de necessidade, como ficará explicitado oportunamente.⁶¹⁶

A dimensão processual, por sua vez, aponta para a necessidade de se (re)pensar os procedimentos destinados especialmente à efetivação dos direitos sociais a partir do próprio arranjo institucional que os contempla. Nesse contexto, o Estado democrático de direito aponta para a necessidade de maior participação da comunidade, inclusive perante a jurisdição, sem, contudo, descurar do fato de que esta fórmula política mantém a estrutura clássica no tocante aos poderes estatais e suas respectivas funções. Isso significa dizer, que procedimentos democráticos tendentes à efetivação de direitos sociais não podem desconsiderar a importância e o papel a ser desempenhado pelo legislativo e pelo executivo.

4.5. Os direitos sociais como direitos individuais de dimensão coletiva

A necessidade de compreender os direitos fundamentais numa dimensão processual se justifica, acima de tudo, em virtude da sua própria dimensão temporal, ou seja, da sua historicidade. Neste sentido, é precisa a lição Bolzan de Moraes, ao referir acerca do caráter universal dos direitos humanos, o que, por evidente, tem repercussão no tocante aos direitos fundamentais, portanto, no âmbito interno, assinalando que cada vez mais aqueles direitos “se projetam no sentido se seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade”. Ressalta, assim, o autor, a dimensão histórica e não definitiva dos direitos humanos fundamentais os quais, segundo ele, exigem, a todo instante, “o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação”.⁶¹⁷

É, pois, em virtude das transformações ocorridas ao longo do tempo, que interferem tanto no caráter objetivo quanto subjetivo dos direitos fundamentais, que emerge a preocupação no sentido de compreender esses direitos numa dimensão processual, nos três âmbitos em que se processa o exercício da cidadania: legislativo, administrativo e judicial. Todavia, tendo em vista que a presente abordagem tem como foco privilegiado a questão da efetividade dos direitos sociais, por considerar recente a emergência dessa temática, o que configura a sua atualidade, importa vislumbrar aqui a dimensão processual dos direitos

⁶¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58.

⁶¹⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A crise do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

fundamentais no que se refere ao âmbito do processo jurisdicional, porquanto neste contexto é que devem ser pensados os instrumentos de tutela adequados à proteção daqueles direitos.

Sendo assim, a reflexão deve partir, necessariamente, dos aspectos objetivos e, principalmente, subjetivos que envolvem o problema, sendo certo que aqui interessa mais de perto o caráter subjetivo. Com efeito, para o desenvolvimento de técnicas destinadas à tutela jurisdicional de direitos, qualquer que seja o seu objeto, faz-se necessário antes definir a questão da titularidade, o que também está diretamente relacionado ao objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza.

Antes da emergência dos direitos sociais como objeto de tutela jurisdicional, a questão da titularidade dos direitos, para efeitos de postulação e proteção jurisdicional, recebeu importante tratamento no direito brasileiro, tanto em sede de legislação, quanto em sede doutrinária. Pode-se mesmo afirmar que se partiu da noção de gerações de direitos fundamentais, identificando a primeira geração com interesses de perfil individual, considerando a terceira geração como interesses que transcendem o indivíduo enquanto sujeito de direito, sem, no entanto, desconsiderá-lo, chegando-se, assim, à noção de direitos ou interesses difusos e coletivos,⁶¹⁸ considerados estes como direitos de solidariedade,⁶¹⁹ conforme acima delineado.

Assim, no direito brasileiro distinguiram-se duas espécies de direitos no que diz respeito à sua titularidade: os direitos individuais e os direitos coletivos em sentido amplo, ou transindividuais. O direito positivo classificou os direitos individuais em puros e homogêneos, conceituando estes últimos como sendo os “decorrentes de origem comum” (CDC art. 81, parágrafo único, III). Por outro lado, o legislador incluiu na categoria dos direitos ditos transindividuais os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito, conceituando os primeiros como sendo os de natureza indivisível, que têm como titulares sujeitos indeterminados, ligados entre si por circunstâncias meramente fáticas (CDC art. 81, parágrafo único, I), e os segundos como sendo os de natureza indivisível, que têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (CDC art. 81, parágrafo único, II).

De acordo com a conceituação legal, os direitos difusos e coletivos em sentido estrito apresentam como característica comum, que configura o caráter transindividual de ambos, a

⁶¹⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A crise do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

⁶¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 9-15, jan./mar. 2000. p. 10; MAUCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

indivisibilidade do objeto; porém, não obstante sejam transindividuais, têm como dado que os diferencia o fato de os primeiros terem como titulares sujeitos indeterminados, ao passo que, nos segundos, os titulares são determinados ou determináveis, já que preexiste vínculo jurídico. Os direitos individuais homogêneos distinguem-se dos dois primeiros pela divisibilidade do objeto; assemelham-se, porém, aos direitos difusos, pelo fato de seus titulares estarem ligados por circunstâncias de fato; já com os coletivos em sentido estrito têm como ponto comum o fato de terem como titular sujeitos determinados ou determináveis.

Doutrinariamente, é considerado direito individual aquele que diz respeito ao indivíduo singularmente considerado, não abarcando situações em que o mesmo se insira em determinado contexto grupal. Têm como característica fundamental o fato de permitir a sua fruição individual com exclusividade. Seu titular não compartilha com ninguém do seu benefício e do prazer que o direito lhe proporciona. O direito de um significa o não direito de outro.⁶²⁰ No direito individual a fruição esgota-se no círculo de atuação do seu destinatário: “se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito”.⁶²¹

Direitos transindividuais, por sua vez, são aqueles que atinam a toda uma coletividade de indivíduos. São transindividuais porque não estão acima nem além dos indivíduos, “mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente”.⁶²² Têm como característica marcante a impossibilidade de fruição individual exclusiva por parte de qualquer membro da coletividade. Ou seja, não é possível o gozo do direito por parte de determinado indivíduo, excluindo a possibilidade de gozo dos demais.⁶²³ O traço que distingue os direitos individuais dos direitos transindividuais, dos quais são espécies os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito, é a exclusividade ou não da sua fruição por parte de determinado indivíduo.

Tendo em vista que toda essa construção legislativa e doutrinária é anterior ao reconhecimento de eficácia jurídica às normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, e da conseqüente possibilidade de judicialização desses direitos, não é difícil perceber que a noção de direitos difusos e coletivos, considerados direitos de terceira geração,

⁶²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos direitos transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 113-116.

⁶²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

⁶²² MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 133.

⁶²³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 133, 142.

orientados pelo princípio da solidariedade, bem se identificam com a pretensão de tutela do ambiente, assim como daqueles direitos que de alguma forma envolvem relações de consumo.

Esses direitos constituem objeto de ações coletivas, as quais continuam sendo referidas pela doutrina como sendo de extrema importância para a tutela dos direitos de terceira geração, considerados direitos de solidariedade.⁶²⁴ De outra parte, a nova regulamentação dessas ações, em curso no Parlamento Federal, inclui entre os direitos que podem ser tutelados por meio de ações coletivas os direitos sociais, ao mesmo tempo em que estabelece que a tutela coletiva abrange os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.⁶²⁵ Com efeito, a questão que surge aqui é no sentido de saber se os direitos sociais, ou de segunda geração são direitos individuais, simplesmente de cunho egoísticos, ou se podem ser considerados, como os de terceira geração, direitos coletivos ou transindividuais: se devem ser tutelados, em juízo, por meio de ações individuais ou coletivas.

De acordo com Avelãs Nunes, os direitos sociais são direitos coletivos, de modo que sua satisfação não pode ser obtida adequadamente nos tribunais por meio de ações individuais. Segundo ele cabe ao legislativo e ao executivo o papel de definir e executar as políticas indispensáveis à garantia desses direitos: a atuação dos tribunais, por meio de demandas individuais, se presta mais a “desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a esses mesmos serviços”.⁶²⁶ Para Avelãs Nunes, é um

⁶²⁴ Em parecer solicitado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – Andep, para instruir a ADIn 3943, em que a Associação Nacional do Membros do Ministério Público – Conamp, arguiu a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), com redação dada pela Lei 11.488/2007, que legitimou a defensoria pública para as ações coletivas, assim se manifestou Ada Pellegrini Grinover: “a ampliação da legitimidade à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da defensoria pública para ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, p. 299-317, nov. 2008. p. 306.

⁶²⁵ O Projeto de Lei n. 5139/2009 estabelece: Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção: I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos. Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato; II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação de litisconsórcio.

⁶²⁶ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58-59.

equivoco o Judiciário brasileiro conceber o direito à saúde como um direito individual, que admite tutela da mesma espécie.⁶²⁷

Fazendo coro Scaff, para quem em matéria de direitos sociais e, de modo especial com relação ao direito à saúde, aprisiona-se o interesse social e põe-se de relevo o interesse individual,⁶²⁸ Avelãs Nunes considera que, em matéria de direitos sociais, o contraste entre direitos individual e direito coletivo não é um falso dilema.⁶²⁹ somente entendendo os direitos sociais como direitos coletivos é que podem estes direitos ser realizados “*em benefício de todos e nas mesmas condições para todos*”.⁶³⁰ No entanto, a questão é polêmica e suscita grande controvérsia em sede de doutrina.

Referindo-se aos direitos ditos de terceira dimensão e citando como exemplo o meio ambiente e a qualidade de vida, Ingo Sarlet afirma que esses direitos, “em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclamam novas técnicas de garantia e proteção”.⁶³¹ Pode-se inferir do autor que o direito ao ambiente preserva sua dimensão individual, mas também apresenta uma dimensão coletiva, podendo, assim, ser tutelada por meio de ações da mesma natureza. Resta saber se esse raciocínio pode ser aplicado aos direitos sociais a prestações estatais,⁶³² ou seja, aos direitos de dimensão positiva,⁶³³ especialmente como forma de se obter o máximo de efetividade.

Viu-se anteriormente com Celso Lafer, que os direitos de segunda geração visam atender às reivindicações das pessoas desprivilegiadas, que têm o direito de participar do “bem-estar social”, entendido este “como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo” e que, como os direitos de primeira geração, têm como

⁶²⁷ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35-36.

⁶²⁸ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 51, p. 79-99, 2007. p. 92.

⁶²⁹ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35-36.

⁶³⁰ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 59.

⁶³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

⁶³² Ingo Sarlet classifica dos direitos de segunda dimensão em direitos positivos ou prestacionais e liberdades sociais. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48).

⁶³³ O termo “dimensão positiva” é utilizado por Ingo Sarlet para ressaltar a nota distintiva dos direitos de “segunda dimensão” em relação aos de “primeira dimensão” que, em vez exigir uma intervenção estatal, visam evitá-la. Com os direitos de dimensão positiva, não se cuida mais de “liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47). Ao utilizar o termo “dimensão positiva” em contraposição à ideia de dimensão negativa, o autor confirma o que vimos afirmando acerca do caráter multidimensional dos direitos fundamentais, e bem assim, que as dimensões de direitos fundamentais tal como referidas pela doutrina são desdobramento de uma mesma dimensão: a dimensão histórica ou temporal.

titular o indivíduo isolado. Eles se caracterizam por outorgar ao indivíduo “direitos de prestações sociais estatais”, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., e “se reportam à pessoa individual”, não podendo ser confundidos com os direitos de terceira dimensão, que são os direitos difusos e os coletivos.⁶³⁴

Nesse contexto, é relevante a lição de Clémerson Clève, segundo a qual o reconhecimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao estado, como é o caso do direito à saúde, alimentação, habitação etc., alterou substancialmente a natureza dos direitos humanos ou fundamentais, os quais passaram, a um só tempo, a constituir liberdades e créditos do indivíduo ou grupo de indivíduos diante do Estado: “se as liberdades se manifestavam através de uma prestação prevalentemente negativa do poder público, os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas tipificadas como direitos”.⁶³⁵

É de se recordar, ainda, o que foi dito no tópico anterior quanto à necessidade de obtenção do máximo de efetividade, com a otimização dos resultados, especialmente no que diz respeito aos conteúdos próprios dos direitos sociais, cujo caráter prestacional está vinculado à implementação desses direitos através da ação política estatal, ou seja, por meio de políticas públicas. De fato, é a busca da máxima efetividade que deverá conduzir à preocupação com a otimização dos resultados que, no processo judicial, equivale à tutela obtida, que pode beneficiar uma pessoa isolada ou uma comunidade inteira. Além do que mais, parafraseando Sousa Santos, no Estado democrático de direito não se compatibilizar duas formas de cidadania: a cidadania individual e a cidadania coletiva.

Com efeito, anota Ingo Sarlet, que os direitos fundamentais, quaisquer que sejam eles, inclusive o direito a um meio ambiente saudável, são sempre referidos à “pessoa individualmente considerada”, uma vez que sua dignidade é pessoal e individual, ainda quando socialmente vinculada. Para o autor, a titularidade individual dos direitos sociais decorre do direito, bem como da garantia do mínimo existencial, o qual tem como fundamento o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, é precisamente em virtude desse fundamento que aos direitos sociais não pode ser afastada a sua titularidade individual, com sua total dissolução numa dimensão coletiva.⁶³⁶

⁶³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-48.

⁶³⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 125-126.

⁶³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 216.

O autor lembra que o fato dos direitos sociais pertencerem a pessoas situadas num contexto coletivo, não significa que tenham que ser necessariamente exercidos coletivamente. Essa particularidade se dá em virtude dos direitos sociais visarem à tutela do homem concreto e não abstratamente considerado: “os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade”.⁶³⁷ Ingo Sarlet menciona como exemplo o direito à saúde, cuja proteção não pode ser idêntica para todas as pessoas. Isso, no entanto, não incompatibiliza totalmente a sua dimensão individual com uma dimensão coletiva, já que nos direitos sociais, não obstante esteja presente a preocupação com o indivíduo enquanto pessoa, essa também deve ser considerada em sua relação com a comunidade.⁶³⁸

De fato, é indiscutível que os direitos sociais básicos, isto é, saúde, educação, trabalho, moradia, lazer etc. têm como titular a pessoa humana na sua individualidade. Quem usufrui da boa condição de saúde, quem auferir imediatamente os benefícios decorrentes do desenvolvimento intelectual provenientes da educação, quem aproveita as vantagens advindas do produto do trabalho é a pessoa na sua individualidade, o que por si só inviabiliza qualquer pretensão de impedir a tutela individual desses direitos. Contudo, a dimensão coletiva, assim como a dimensão individual, parece emergir do reconhecimento do ser humano concreto, com suas qualidades socializantes, o que faz com que as pessoas, não obstante sua individualidade, sejam, também, portadoras de necessidades comuns, o que pode ser reconhecido por um Estado de justiça material, como é o caso do Estado democrático de direito.

Como bem assinala Sarlet, os direitos fundamentais sociais a prestações, diferentemente dos direitos de defesa, visam assegurar, como forma de compensação das desigualdades sociais, o exercício real e efetivo tanto da liberdade, quanto da igualdade, pressupondo, assim, uma atuação ativa por parte do ente estatal, uma vez que a igualdade material não ocorre em si mesma, devendo, antes, ser implementada. Além disso, aduz o autor, por meio dos direitos sociais, busca-se uma igualdade material para todos, o que somente será atingido por meio da eliminação das desigualdades.⁶³⁹

Por outro lado, tem-se a questão da universalidade dos direitos sociais que, por sua vez, exige, em regra, o desenvolvimento de políticas estatais universalizantes, para o atendimento das necessidades de sua proteção, deixando a impressão de que os direitos

⁶³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 216-217.

⁶³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 217.

⁶³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199.

sociais sejam sempre direitos de dimensão coletiva,⁶⁴⁰ quando, na verdade, se trata de categorias distintas de direitos, ou seja, de direitos fundamentais originários e derivados, conforme se tentará explicar a seguir. Veja-se que se afirmou acima, com Celso Lafer, que os direitos de segunda geração se destinam a atender a reivindicações das pessoas desprivilegiadas, que têm o direito de participar do bem-estar social, e com Sarlet, que eles se caracterizam por outorgar ao indivíduo “direitos de prestações sociais estatais”, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.

De fato, explica Ingo Sarlet, que uma das causas que levam à atribuição de uma titularidade coletiva dos direitos sociais básicos, e da consequente negação de titularidade individual, “é a confusão entre as políticas públicas e os direitos sociais como direitos fundamentais”. Anota o autor que os direitos fundamentais sociais consistem em direitos subjetivos que são “veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos sociais”. Salvo melhor juízo, isso permite concluir que, na classificação dos direitos fundamentais proposta pelo autor, os direitos sociais são direitos subjetivos originários, ao passo que as políticas públicas constituem direitos subjetivos derivados a prestação que visam tornar efetivos os primeiros.⁶⁴¹

É de se entender, também, que a dimensão coletiva dos direitos sociais decorre do próprio encontro entre o Estado e a sociedade. Consoante Paulo Bonavides, com o triunfo das revoluções burguesas no século XVIII, a sociedade ficou reduzida a uma poeira de átomos, falando-se, daí em diante, de uma sociedade atomizada, onde reinava a liberdade individual.⁶⁴² Como anota García-Pelayo uma das características da ordem política liberal era não somente a distinção, mas a oposição entre Estado e sociedade, os quais eram concebidos

⁶⁴⁰ Pondera Ingo Sarlet que: “é preciso ter presente a complexidade das próprias prestações estatais, que abrange prestações individualizadas, que nem sempre decorrem de uma política pública, no sentido de uma atividade de cunho mais geral e resultante de um prévio planejamento pelo poder público”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 206).

⁶⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 218. Conforme o autor: “um direito originário a prestação, poderá mesmo resultar, para além de gerar uma pretensão (individual ou coletiva) à satisfação do bem assegurado na Constituição, na condição de direito subjetivo, na exigência de políticas públicas que precisamente irão ter como finalidade assegurar a fruição de tal prestação. Se, por sua vez, um titular de direito fundamental for excluído do âmbito dos beneficiários da política pública, o fato de ter assegurado o direito fundamental, lhe assegura, em princípio, a possibilidade de acionar o poder público e exigir o acesso à prestação”. Esclarece, ainda, o autor, que: “Nesta mesma linha, aliás, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, tanto reconhecendo a diferença entre direitos originários e derivados a prestação, quanto agasalhando a noção de que direitos fundamentais e políticas públicas, embora o estreito vínculo entre ambas as categorias, não se confundem”.

⁶⁴² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 66.

como “dois sistemas dotados de alto grau de autonomia”. Essa realidade tinha como consequência a inibição do Estado no tocante aos problemas econômicos e sociais.⁶⁴³

Todavia, viu-se com Norberto Bobbio, que os direitos sociais representam a via de entrada da sociedade no Estado, o que levou a uma modificação na sua estrutura formal. Ora, sendo o Estado uma organização política por natureza, também por natureza ele é o ente público encarregado dos interesses da coletividade. E isso não deixa de atribuir às políticas estatais, até certo ponto, uma dimensão coletiva, o que acaba, por sua vez, configurando uma dimensão coletiva dos direitos sociais.

De qualquer forma, é importante a posição firmada por Sarlet no sentido de que os direitos sociais, apesar de serem direitos fundamentais referidos à pessoa individual, podem também apresentar uma dimensão coletiva, até mesmo difusa, como no caso de políticas destinadas ao combate de doenças endêmicas, o que, conforme a classificação por ele mesmo proposta, não seria propriamente o direito fundamental à saúde, mas o direito à política pública de prevenção, que se apresentaria como um direito coletivo ou transindividual, do tipo difuso.

Diga-se, ademais, que a compreensão dos direitos fundamentais numa dupla dimensão processual, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais, ganha relevo na medida em que estar-se diante daquilo que Jacques Chevallier denomina de “uma sociedade de direito”, onde se verifica a juridicização da vida social, com a expansão do contencioso que, necessariamente, conduz ao surgimento cada vez maior de demandas envolvendo coletividades. Como pondera o autor, tudo se passa “como se o modelo americano de uma sociedade contenciosa, em que todos os problemas resolvem-se perante a justiça, tendesse a se difundir, em graus diversos, por todos os países”. Neste contexto, as ações coletivas constituem um importante motor dessa difusão, acrescenta ele.⁶⁴⁴

Em sentido diverso, porém não totalmente oposto, García-Pelayo afirma que, atualmente, o homem desenvolve sua existência num espaço vital o qual pode ser dividido em espaço vital dominado e espaço vital efetivo. O primeiro é aquele que pode ser estruturado e controlado pelo próprio indivíduo, onde ele exerce sua influência; o segundo é formado pelos bens dos quais os homens necessitam, mas não podem exercer domínio sobre eles. Segundo o autor, a civilização tecnológica vem ampliando o espaço vital efetivo e reduzindo o espaço

⁶⁴³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9. Sobre a separação entre Estado e sociedade e o retorno desta àquele com o advento do Estado Social e dos direitos sociais: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁴⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125-131.

vital dominado, o que produz àquilo que ele denomina de “necessidades sociais”, cabendo ao Estado promover as medidas destinadas a assegurar as condições de existência dos seus cidadãos, o que ultrapassa as noções clássicas de serviço público e de política social em sentido estrito.⁶⁴⁵

Na verdade, toda essa discussão é fruto de um equívoco histórico a respeito da atuação do Estado para proteger os direitos fundamentais. Com efeito, explica Konrad Hesse que, tradicionalmente, a doutrina dos direitos fundamentais partiu do pressuposto segundo o qual os direitos civis e político, ou seja, as denominadas liberdades clássicas, ao contrário dos direitos sociais, não demandavam custo para sua realização, posto que os primeiros exigiam apenas uma ação negativa por parte do Estado, enquanto os últimos requeriam deste uma atuação positiva, dependendo, assim, do desenvolvimento de políticas sociais destinadas à sua concretização, ficando, portanto, submetidos ao princípio da reserva do possível.⁶⁴⁶ Contudo, prevalece atualmente o entendimento segundo o qual todos os direitos fundamentais exigem tanto uma atuação negativa quanto uma atuação positiva por parte do ente estatal, sendo cada vez maior o número daqueles que sustentam a necessidade de uma “dogmática unitária dos direitos fundamentais”.⁶⁴⁷

De fato, como anota com propriedade Avelãs Nunes, a satisfação dos clássicos direitos de liberdade também demanda recursos financeiros da parte do Estado, na maioria das vezes em quantia muito mais volumosa do que a exigida para a proteção dos direitos sociais. Nas sociedades capitalistas, diz o autor, a defesa do direito de propriedade exige segurança: “esse é o papel do direito, dos tribunais, das polícias e de todos os aparelhos de defesa e segurança”; em muitos países, esses gastos são infinitamente mais elevados do que aqueles efetuados com a saúde, a educação, a habitação etc.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ GARCÍA-PELAYO, Manual. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 15-16.

⁶⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 170.

⁶⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 282 s; SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na Arena Global*. Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2011. p. 107; PISARELLO, Geraldo. *Los derechos fundamentales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007. p. 75 s; HIERRO, Liborio L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert et al. *Derechos fundamentales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 188-193; SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra, 2007. p. 133 ss; *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*, Coimbra, 2002, p. 100 ss; MATOS, André Salgado. *O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*. Relatório de mestrado da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997/1998, p. 12; VAZ, M. Afonso. O enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Juris et de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Porto: Porto, 1998. p. 444.

⁶⁴⁸ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37-38.

Essa também é a lição que se pode inferir de Gomes Canotilho, quando afirma que os direitos fundamentais comportam uma dimensão ao mesmo tempo garantística e prestacional. Para ele, o acesso à justiça perspectivou-se em termos essencialmente defensivos ou garantísticos, no sentido da possibilidade de defesa dos direitos perante os tribunais. Porém, a garantia de acesso pressupõe também uma dimensão de natureza prestacional, já que compete ao Estado criar e prover os órgãos jurisdicionais: o acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.⁶⁴⁹

Isso implica dizer que, se todos os direitos fundamentais têm custo para o Estado, todos exigem deste uma atuação ora negativa, ora positiva, ou seja, apresentam uma dupla dimensão no tocante à atuação do ente estatal: se a principal característica dos direitos sociais, econômicos e culturais é a qualidade de direitos positivos, diz Jorge Miranda, nem por isso deixam de apresentar uma dimensão negativa ou de defesa contra violação, como é o caso do direito à saúde.⁶⁵⁰ No mesmo sentido, anota Canotilho que ao Estado incumbe não apenas respeitar as liberdades fundamentais, mas também garantir a sua efetivação.⁶⁵¹

Nesse sentido, diz ele, afasta-se uma “concepção puramente formal, ou liberal dos direitos fundamentais” que os restringia a liberdades pessoais, civis e políticas, reduzindo-as a “meros direitos a simples abstenções” por parte do Estado, cabendo, agora, a este defender os direitos de liberdade não apenas perante si próprio, mas também contra terceiros. Além disso, também são direitos fundamentais os direitos sociais, econômicos e culturais, como sejam os direitos à saúde, educação, assistência social etc., comumente referidos como direitos positivos, os quais impõem ao Estado a sua satisfação.⁶⁵² Se é assim, é forçoso concluir que todos os direitos fundamentais, sejam as liberdades clássicas, sejam os direitos sociais, ostentam, ao mesmo tempo, uma dimensão individual e uma dimensão coletiva, posto que de alguma forma, todos eles exigem políticas estatais que visão atender coletividades ou mais, ora menos extensas.

Por outro lado, se a dimensão coletiva é mais evidente no que se refere aos direitos sociais, isso jamais poderá ser utilizado como argumento para negar a proteção individual àqueles direitos, desde que tal se faça necessário, nos termos explicitados adiante. Isso porque

⁶⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 501.

⁶⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 320.

⁶⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 208.

⁶⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 208.

a doutrina dos direitos fundamentais opõe-se a toda forma de utilitarismo.⁶⁵³ Nessa perspectiva, anota Ferrajoli, na esteira de Dworkin, que os direitos fundamentais jamais podem ser sacrificados, seja por vontade da maioria, seja em nome do interesse geral, do bem comum ou do interesse público.⁶⁵⁴ Para ele, as obrigações, na medida em que sua satisfação seja efetivamente exigível, constituem as garantias dos cidadãos: contra a maioria, porque instituídas contra qualquer poder para a tutela, sobretudo, dos indivíduos e das minorias carentes de poder, e contra a utilidade geral, já que têm como fim exclusivo a tutela dos direitos individuais, uma vez que os direitos fundamentais possuem um caráter antiutilitarista.⁶⁵⁵

De fato, de acordo com Dworkin, o argumento em favor do bem comum ou do benefício geral pode até ser popular, mas “só é plausível se nos esquecermos do que significa dizer que um indivíduo tem um direito contra o Estado”.⁶⁵⁶ Para o jusfilósofo estadunidense, seria desprovido de sentido alardear o respeito pelos direitos individuais se isso não implicasse alguma forma de sacrifício consistente em “renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrem inconvenientes”. Com efeito, acrescenta Dworkin, “o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos”.⁶⁵⁷

De tudo isso, pode-se concluir que, muito embora não se possa desconsiderar sua dimensão individual, por absoluta falta de possibilidade, os direitos sociais possuem uma acentuada dimensão coletiva, sendo ideal que as demandas que visam à sua proteção, seja perante o judiciário, seja perante as demais esferas da atividade estatal, se processem por meio de ações da mesma natureza, isto é, de ações coletivas.⁶⁵⁸ Anote-se, todavia, que, salvo

⁶⁵³ Utilitarismo é o conjunto de teorias que sejam elas, jurídicas, políticas, sociais etc., que sustenta que, entre os homens, nada é “mais desejado em si mesmo do que o prazer”, decorrendo daí que, “as construções teóricas relativas à convivência social devem supor que as pessoas têm como finalidade a obtenção do prazer e a consequente diminuição da dor”. Nessa perspectiva, “os atos dos indivíduos tornam-se adequados aos fins quando maximizem o prazer e minimizem a dor”, visando até mesmo a sua eliminação. Para o utilitarismo, “as regras da vida, nas mais diversas esferas da organização social, serão mais compatíveis com tal princípio na medida em que se mostrem capazes de garantir a maior satisfação para o maior número de pessoas”. (FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos-Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 837)

⁶⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

⁶⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 860.

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 296, 311, 480-482.

⁶⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 296. “A perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 296)

⁶⁵⁸ Para Têmis Limberger, o direito a políticas públicas para promoção da saúde deve ser tutelado em juízo por meio de ações coletivas, atuando as ações individuais como forma de pressão, “sob pena de se constituírem, casuística dotada exclusivamente de personalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a

melhor juízo, tais direitos não estão abrangidos no conceito de direitos difusos, nem no de direitos coletivos em sentido estrito e muito menos no de direito individual homogêneo.⁶⁵⁹ Com efeito, para os fins da presente investigação e, mais especificamente, tendo em vista a preocupação com a adequação dos mecanismos processuais de tutela, os direitos sociais devem ser entendidos simplesmente como direitos individuais de dimensão coletiva, o que por si só já indica a importância da participação dos cidadãos com vistas à sua efetivação.

4.6. A democracia como solução para a antinomia entre liberdades negativas *versus* liberdades positivas e a questão da solidariedade e da universalidade dos direitos sociais

A essa altura, convém ressaltar como o tensionamento verificado no próprio conteúdo axiológico do Estado democrático de direito se manifesta no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, fazendo com que aumente a preocupação com a utilização adequada das possibilidades oferecidas por aquele, na busca de efetivação destes, especialmente no que se refere aos direitos sociais. De acordo com Paulo Bonavides, o lema dos revolucionários franceses “expressou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização”: liberdade, igualdade e fraternidade correspondem, respectivamente, aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, sendo, por isso, esses últimos referidos como direitos de solidariedade.

Para ele, isso significou a descoberta da fórmula generalizante e universalista, restando, daí em diante, seguir a trajetória que permitiria inserir na ordem política os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Foi assim que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se nas três gerações acima referidas, em ordem sucessiva, traduzindo um processo cumulativo e qualitativo, apontando para uma nova universalidade: a universalidade material e concreta em substituição à universalidade formal e abstrata, peculiar ao jusnaturalismo moderno.

Lembra, ainda, Bonavides, que os direitos de segunda geração passaram por um período de baixa normatividade e tiveram sua eficácia questionada, especialmente pelo fato de

administração (TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 221).

⁶⁵⁹ Identificando os direitos sociais como interesses difusos ver: AMARAL, Jorge Augusto Paes do. *Direito processual civil*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 110-111; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 176-182.

exigirem determinadas prestações materiais por parte do ente estatal, as quais nem sempre seriam passíveis de efetivação em virtude da exiguidade e da escassez de recursos. Com efeito, esses direitos tiveram sua juridicidade questionada num primeiro momento, sendo as normas constitucionais que os consagravam consideradas normas programáticas, já que, para a sua concretização, o sistema não dispunha “daquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade”.

Todavia, diz o autor, esse período parece ter chegado ao fim com a emergência de novas constituições que formularam preceitos de aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, como é o caso do Brasil. Destarte, tal qual os da primeira, os direitos de segunda geração não mais podem ter sua eficácia recusada sob o argumento do caráter programático das normas constitucionais definidoras e da conseqüente exigência de intermediação legislativa.⁶⁶⁰ Acrescente-se, também, que não se pode alegar a falta de instrumentos processuais para tanto, uma vez que eles acham-se contemplados tanto em nível constitucional quanto em nível infraconstitucional.⁶⁶¹

O reconhecimento de normatividade às normas constitucionais consagradoras dos direitos de segunda geração, que abriu caminho para a sua justiciabilidade, assim como a necessidade de se pensar os instrumentos adequados à tutela desses direitos, em juízo, deve fazer-se acompanhar de duas outras preocupações igualmente relevantes para a concretização do Estado constitucional e democrático de direito. De um lado, como anotado acima, o problema das condições objetivas materiais para a realização daqueles direitos; de outro, a questão da antinomia entre os direitos de primeira e os de segunda geração, ou entre liberdades negativas e liberdades positivas.

Com relação ao primeiro problema, afirma Norberto Bobbio que, “nem tudo que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável”. Utilizando genericamente a expressão: direitos do homem, assinala o autor que, para a sua realização, são necessárias “condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam”, nem da disposição dos que possuem meios para protegê-los. Mesmo os Estados mais liberais às vezes são obrigados

⁶⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 564-565. Sobre a eficácia dos direitos sociais, ver, também, dentre tantos: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; BOLZAN DE MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁶¹ Vide, por exemplo, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 287, 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Apesar disso, entende-se que o sistema processual ainda não dispõe dos instrumentos adequados à tutela dos direitos de segunda geração, isto é, dos direitos sociais, o que será objeto de análise no sexto capítulo da presente investigação.

a suspender a liberdade em caso de guerra. Por outro lado, mesmo os estados mais socialistas às vezes não terão condições de promover distribuição de renda em época de carestia.⁶⁶² Nesta mesma senda, Celso Lafer ressalta as dificuldades do Estado, enquanto sujeito passivo dos direitos de crédito, no sentido de estabelecer as prioridades e saldar os compromissos para o atendimento de direitos como saúde, educação, trabalho etc.⁶⁶³

No que diz respeito à antinomia ou heterogeneidade entre as duas gerações de direitos, lembra Bobbio que, desde que, ao lado dos direitos de liberdade, foram também reconhecidos os direitos sociais, a categoria direitos do homem, em seu conjunto, “passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros”. Segundo ele, é fantasioso imaginar uma sociedade que seja ao mesmo tempo livre e justa, “na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres”.⁶⁶⁴

Recordando que liberdades são os direitos garantidos quando o Estado se abstém de intervir, e que poderes são os direitos que exigem uma intervenção estatal para sua efetivação, o filósofo pondera que, liberdades e poderes, ao contrário do que se possa imaginar, não são complementares, sendo, ao contrário, incompatíveis. Cita como exemplo, o aumento do poder de adquirir veículos que reduz a liberdade de circulação, concluindo, contudo, que essa antinomia entre as duas gerações de direitos humanos, ou direitos fundamentais, decorre, ainda, do fato de que “também no plano teórico se encontraram frente a frente e se opõem duas concepções dos direitos do homem, a liberal e a socialista”.⁶⁶⁵

Diferentemente pensa Celso Lafer para quem, a perspectiva da liberdade inclui tanto os direitos de primeira, quanto os de segunda geração, ou seja, tanto as liberdades negativas quanto as positivas, muito embora efetivamente surja uma contradição em relação à forma de atuação do ente estatal: os direitos de primeira geração visam limitar o poder do Estado, estabelecendo os limites entre este e a sociedade; os de segunda geração exigem a ampliação dos poderes daquele, exigindo, em consequência, diferentes técnicas de tutela. Com efeito, no primeiro caso, a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa, por parte do executivo, e controle das lesões, por parte do judiciário, ambas as funções

⁶⁶² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 44-45.

⁶⁶³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 128.

⁶⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 43.

⁶⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 43-44.

atuando de conformidade com a legislação que, por sua vez, deve estar de acordo com os comandos constitucionais; no segundo caso, o atendimento dos direitos exige a promoção dos indivíduos por meio do oferecimento de serviços públicos por parte do Estado.⁶⁶⁶

O autor reconhece que a heterogeneidade jurídica entre os direitos de primeira e segunda geração possui conotação ideológica, decorrendo de diferentes concepções de Estado: “ela é um dos pontos de clivagem que dificulta a convergência política entre a herança liberal e socialista, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos”. No entanto, segundo ele, é “da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo”.⁶⁶⁷

Além disso, Enfatiza Lafer que a desarmonia no que se refere ao papel do Estado na sociedade, no tocante à questão da passagem dos direitos de primeira para os de segunda geração, fica submetida a “uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irreducibilidade do ser humano ao seu todo social, no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”. Conclui, assim, que a antinomia entre as duas gerações de direitos é um exemplo do caráter heurístico da dicotomia pensar-reconhecer, porquanto “os direitos de crédito, por meio dos quais se exprime, no plano jurídico, a exigência de solidariedade, são uma ideia da razão que transpõe os limites práticos do conhecimento, no parar para pensar o problema da desigualdade”.⁶⁶⁸

Na verdade, conforme restou consignado ainda no terceiro capítulo, a democracia é também condição de possibilidade para que possa se compatibilizar na mesma fórmula política as liberdades clássicas e os direitos de crédito e, como consequência, liberalismo e socialismo, ou liberdade e justiça social. Para tanto, é indispensável a organização e a participação das comunidades, ou seja, a participação popular, cujo vínculo deve se estabelecer por meio da solidariedade, que deve ser estimulada pelo próprio Estado, conforme

⁶⁶⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 129.

⁶⁶⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 129-130.

⁶⁶⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 130-131. Nessa mesma linha, afirma Ingo Sarlet que: “a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestação) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética de mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseia na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégio para todos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 200). É exatamente isso que se infere da leitura conjunta do Preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com o Preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

já assinalado. A final de contas, não se pode olvidar que a tentativa de compatibilizar as duas ideologias acima referidas na mesma fórmula política, não logrou superar o modelo de produção capitalista da economia de mercado, peculiar à primeira, que tem caráter eminentemente excludente e tenta impor-se o tempo todo, por meio, dentre outros exemplos, da tese neoliberal da redução do tamanho do Estado.

Por outro lado, como visto alhures, no tocante à teoria dos direitos fundamentais, os autores costumam afirmar que a solidariedade é considerada um princípio informador dos direitos de terceira geração. Contudo, essa afirmação apresenta certa incongruência. Para Ingo Sarlet, é compreensivo que os direitos de terceira dimensão sejam referidos usualmente como direitos de solidariedade ou de fraternidade, especialmente diante da sua “implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.⁶⁶⁹ Todavia, viu-se acima com Celso Lafer, que “os direitos de crédito, por meio dos quais se exprime, no plano jurídico, a exigência de *solidariedade*, são uma idéia da razão que transpõe os limites práticos do conhecimento, no parar para pensar o problema da desigualdade”.

Também Ricardo Lobo Torres ensina que, tanto a igualdade quanto a solidariedade são princípios vazios que informam os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos tidos como de solidariedade, como é o caso dos direitos difusos. Contudo, acrescenta o autor, a solidariedade também penetra à ideia de justiça, ao estabelecer o vínculo que serve de apoio mútuo aos que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais: “a justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos da fraternidade”.⁶⁷⁰

De fato, deixou-se consignado no presente estudo que a solidariedade integra o próprio conteúdo do Estado democrático de direito, como um novo componente agregado à questão da igualdade que, por sua vez, se identifica com a justiça social estabelecida como um dos objetivos do ente político estatal: “a solidariedade é um sentido de ação ética culturalmente pretendida como objetivo da República.”⁶⁷¹ Ou seja, a solidariedade é inerente ao Estado Democrático de direito e aos direitos fundamentais, no sentido de que é dever ético de todos

⁶⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

⁶⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.

⁶⁷¹ ARAÚJO AYALA, Patrick de. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helini Silvino; LEITE, José Rubens Morato. (coords.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 248.

os cidadãos cuidar uns dos outros,⁶⁷² especialmente no que concerne às conquistas quanto ao reconhecimento e efetivação de direitos sociais.

Conclui-se, assim, que os direitos sociais, ao contrário do que se costuma afirmar, são direitos informados pelo princípio da solidariedade. Aliás, cabe insistir que esses direitos são orientados pelo princípio da igualdade, à qual foi agregado exatamente um componente de solidariedade como um conteúdo que o Estado democrático de direito deve realizar. Ora, se a solidariedade ganha importância no que diz respeito aos ditos direitos de terceira dimensão, que são direitos em escala global, como é o caso do direito ao ambiente, imagine em relação aos direitos sociais, que se realizam por meio de serviços públicos, destinados ao atendimento de necessidades de comunidades locais. É, portanto, no espaço local dessas comunidades que deve ser estimulada a prática da solidariedade com vista à realização desses direitos, inclusive como forma de prevenir a judicialização dos conflitos.

Aliás, a esse respeito, são significativas e indispensáveis as palavras de Ovídio Baptista, para quem a juridicização da vida social levada aos extremos, está diretamente relacionada à invenção do indivíduo, nascido simultaneamente com a modernidade. Neste contexto, escreveu ele, o direito pressupõe o conflito, a quebra da harmonia e da solidariedade grupal que vigorava durante a Idade Média: “o jurídico emerge quando desaparece o amor e a fraternidade”.⁶⁷³

Por fim, outro ponto que merece ser destacado, é a questão da universalidade dos direitos sociais. Como se viu acima com Thêmis Limberger, o direito à saúde foi o que adquiriu maior debate acadêmico e maior número de ações judiciais em busca de efetividade. Pondera a autora, que cerca de 180 milhões de brasileiros são potencialmente usuários do sistema único de saúde; desse número, dois terços dependem diretamente dele, ou seja, o equivalente a 118 milhões de pessoas.⁶⁷⁴ Lembra, ainda, Temis, que o direito à saúde, na forma como fora previsto no artigo 196 da Constituição Federal⁶⁷⁵ contém seis diretrizes: é

⁶⁷² COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28. Lembra o autor que “a solidariedade ética fundada sobre o respeito aos direitos humanos estabelece as bases para a construção de uma cidade mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. (COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39).

⁶⁷³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 53.

⁶⁷⁴ TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 218.

⁶⁷⁵ CF art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

direito de todos; é dever do Estado; garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e outros agravos, sendo tais políticas regidas pelo princípio universal e igualitário, exigindo ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶⁷⁶

A questão que surge aqui é no sentido de saber se o fato da Constituição referir-se à saúde como direito de todos significa que o Estado tem a obrigação de prover a necessidade de todos aqueles que por ventura procuram o sistema para alguma forma de atendimento. Trata-se de um problema complexo. Todavia, é forçoso admitir que a teoria dos direitos fundamentais conduz a uma resposta em sentido negativo.

Referindo-se à questão da titularidade dos direitos sociais, Luis Prieto Sanchís lembra que determinada literatura pretendeu estabelecer, em termos radicais, uma cisão entre homem abstrato e homem histórico, entre pessoa e cidadão, ou, ainda, entre homem abstrato e homem concreto, apresentando essas noções, ainda hoje, utilidade para perfilar o caráter dos direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma-se que os direitos civis e políticos seriam atribuídos ao homem abstrato e, assim, a todos, independente da sua situação social; os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, seriam direitos do homem concreto, tal como o trabalhador, o jovem, o ancião etc., ou seja, seriam direitos de todos aqueles que precisam de algum tipo de assistência, assim considerado o homem na sua específica situação social, decorrendo, aqui, aquilo que Norberto Bobbio denominou de processo de especificação.⁶⁷⁷

No fundo, diz Sanchís, essa especificação dos sujeitos acaba refletindo uma consequência que leva em consideração as necessidades no que se refere à definição dos direitos fundamentais: os direitos sociais não podem definir-se nem justificar-se sem ter em conta os fins particulares, isto é, sem considerar, entre outros aspectos, as necessidades. Em virtude disso, não podem tais direitos ser concebidos como direitos universais no sentido de que interessam da mesma maneira a todo gênero humano, *ya que se formulam para atender*

⁶⁷⁶ TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 222.

⁶⁷⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009. p. 174; *Ley, principios derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. Consoante Norberto Bobbio, apesar da crítica antijusnaturalismo, mesmo na era do positivismo jurídico as proclamações de direitos do homem e do cidadão não desapareceram. Ao contrário, continuaram a se enriquecer com exigências sempre renovadas, “até englobar os direitos sociais e a fragmentação do homem abstrato em todas as suas possíveis especificações, de homem e mulher, criança e velho, sadio e doente, dando lugar a cartas de direitos que fazem parecer estreita e inteiramente inadequada a afirmação dos quatro direitos da declaração de 1789”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 127-128)

*carências y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales.*⁶⁷⁸

Significa dizer que as vantagens que proporcionam a satisfação de interesses inerentes às liberdades individuais são consideradas bens preciosos para todas as pessoas, enquanto que as vantagens que atendem aos direitos sociais se conectam a determinadas necessidades cuja satisfação na estrutura das relações jurídico-privadas é desigual.⁶⁷⁹

Também, referindo-se ao problema da titularidade dos direitos sociais, inclusive a partir da forma como estes se encontram positivados na Constituição brasileira de 1988, Dimoulis e Martins formulam questionamento no sentido de saber se essa titularidade deve ser determinada *in abstracto* ou *in concreto*, e, considerado o fato do texto constitucional referir a *dereito de todos*, em casos como a saúde e a educação, concluem que tais direitos “podem ser exercidos por todas as pessoas que tenham *a priori* a titularidade, ou deve se verificar, no caso concreto, o requisito da necessidade do titular para receber a prestação”.⁶⁸⁰

Na verdade, há que se ter em conta que uma coisa é o direito individual à saúde que, obviamente, é um direito de todos, ou seja, um direito universal. Porém, o direito a políticas públicas destinadas a proteger a saúde do cidadão significa outra coisa. Com efeito, como foi tido acima, trata-se de um direito derivado que, salvo melhor juízo, não é direito de todos, mas daqueles que necessitam dos serviços de saúde, incluindo-se aí o fornecimento de medicamentos, por se encontrarem em situação de hipossuficiência econômica.

Conforme se pode inferir no decorrer do presente estudo e acabou de ser enfatizado, a partir do escólio de Prieto Sanchís, os direitos sociais destinam-se a corrigir situações de desigualdades. Isso parece significativo num país altamente desigual como o Brasil, na medida em que, dependendo da forma como os recursos públicos forem distribuídos, em vez de promover a redução, se está acentuando as desigualdades. Aliás, Isso fica evidenciado num dos princípios do Estado democrático de direito, que é o da justiça social o qual deve atuar como mecanismo de correção das desigualdades sociais visando uma igualdade material.⁶⁸¹

⁶⁷⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009. p. 175; *Ley, principios derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

⁶⁷⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009. p. 175; *Ley, principios derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

⁶⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 78-79.

⁶⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

A esse respeito, é precisa a lição de Cançado Trindade: o Direito dos Direitos Humanos⁶⁸² não rege relações entre iguais, mas deve atuar de forma ostensiva em favor dos mais fracos: “nas relações entre desiguais”, diz o autor, “posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção; não se busca obter equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades”. Trata-se, pois, de “um direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão”.⁶⁸³ Lembre-se, ainda, que para Ferrajoli, os direitos fundamentais constituem *la ley del más débil*.

Há que ressaltar, pois, que, ainda que em nível teórico, os direitos sociais existem para assegurar a igualdade de todos, para igualizar situações desiguais, ou, pelo menos reduzir as desigualdades decorrentes, especialmente, do modo como são distribuídas as riquezas produzidas. Portanto, políticas públicas destinadas a proteger direitos sociais devem ter como destinatários aqueles que de fato delas necessitam. Como dito, quando a constituição afirma, por exemplo, que a saúde é direito de todos, salvo melhor juízo, há que se entender que não é direito somente daqueles que podem pagar, mas também dos que não podem fazê-lo. Aliás, não poderia ser diferente, porquanto se trata de um direito humano e como tal marcado pela universalidade, própria da gramática concebida no âmbito da concepção contemporânea de direitos humanos, conforme ficou assentado acima.

Nessa perspectiva, há que se entender como “dever do Estado” a obrigação de prover os recursos ou políticas necessárias para atender aos que não podem usufruir dos serviços de saúde ofertados pelo mercado.⁶⁸⁴ De fato, se o Estado fornecer serviços para aqueles que, do ponto de vista dos recursos materiais deles não necessitam, em vez de reduzir, estará, na verdade, aumentando as desigualdades sociais. Ocorre, aqui, o que Bolzan de Moraes refere como a “privatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas”, muito comum nos países periféricos onde as políticas sociais prestacionais, quando ocorrem, no mais das vezes servem para “reforçar o caixa dos já incluídos, ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários”.⁶⁸⁵

⁶⁸² A essa noção de Direito dos Direitos Humanos retornar-se-á ao final do presente estudo, para sustentar, a partir dela, a necessidade de um Direito Processual dos Direitos Humanos.

⁶⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXVI.

⁶⁸⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009. p. 215; *Ley, principios derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

⁶⁸⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (orgs.).

Com efeito, lembra Thêmis Limberger, que o direito à saúde tem como titular a pessoa humana, a qual deve ter protegida sua vida e sua dignidade, sendo que tal direito é assegurado por meio de políticas sociais e econômicas, e que não se trata de um direito absoluto a todo e qualquer procedimento destinado à proteção, promoção e recuperação da saúde. Esclarecendo a autora, que o STF já decidiu no sentido de que deve haver a combinação do binômio: razoabilidade da pretensão-disponibilidade financeira do Estado, cabendo ao poder público o ônus de provar a inexistência de recursos, e ao demandante, a necessidade da política.⁶⁸⁶ Ao que tudo indica, a decisão do Tribunal está em conformidade com a teoria dos direitos fundamentais e os postulados do Estado democrático de direito.

Veja-se que, nessa perspectiva, na sua abordagem acerca da questão das necessidades sociais a que se aludiu acima, García-Pelayo afirma que a procura existencial não significa apenas a adoção de medidas em favor dos mais fracos, estendendo-se à generalidade dos cidadãos, já que a necessidade social atinge a todos. Acrescenta, porém, o autor, que a necessidade social nem sempre atinge a todos da mesma forma, existindo situações mais graves em que determinadas coletividades devem merecer maior atenção do ente estatal. Essa, segundo ele, é a forma de promover as transformações num Estado que tenta aproximar-se do modelo socialista, mas que na verdade se configura como um neocapitalismo.⁶⁸⁷

Sendo assim, parece merecer reparo certo entendimento de Prieto Sanchís, ao tentar estabelecer alguns traços característicos das liberdades clássicas, no cotejo com os direitos sociais. Segundo o referido autor, o conjunto dos direitos sociais que tem sido reconhecido nas constituições e nas declarações internacionais na atualidade não apresenta a mesma fisionomia dos primeiros direitos fundamentais incorporados pelo constitucionalismo moderno do final do século XVIII: a) não protegem bens ou valores que em hipóteses podem ser atribuídos ao homem à margem ou com caráter anterior às instituições; b) seu titular não é o sujeito abstrato e racional, isto é, qualquer homem independentemente de sua posição social e do objeto material protegido; c) seu conteúdo não consiste no mero respeito ou abstenção

Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 189.

⁶⁸⁶ TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 224-226.

⁶⁸⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 16.

por parte dos demais e, em particular, das instituições, senão que exigem por parte destas uma atuação positiva que interfere no livre jogo dos sujeitos ou das relações privadas.⁶⁸⁸

A rigor, não há uma cisão entre as liberdades clássicas e os direitos sociais; não existem liberdades negativas e liberdades positivas: negativa ou positiva é a ação estatal destinada a proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. Conforme ficou acentado acima, todos os direitos fundamentais exigem condições materiais para o seu exercício e possuem uma dimensão positiva e outra negativa em relação à atuação do Estado. Como bem diz García-Pelayo, a procura existencial não significa apenas a adoção de medidas em favor dos mais fracos, estendendo-se à generalidade dos cidadãos, já que a necessidade social atinge a todos; o que provoca desigualdades são fatores de ordem econômica: são eles que determinam as condições materiais que satisfazem as necessidades sociais.⁶⁸⁹

Com efeito, há que se distinguir entre as necessidades sociais que atingem a todos, e que, como tal, devem ser satisfeitas pelo Estado, das políticas que se destinam a proteger os denominados direitos sociais, que visam atender aos mais fracos, ou seja, as políticas estatais que visam proteger os direitos dos mais necessitados. Também nesse aspecto, isto é, no que se refere à identificação das necessidades, a organização e a participação democrática das coletividades são fundamentais. É nesse sentido que se considera a democracia como a única via capaz de permitir equacionar o dilema entre exclusão econômica *versus* inclusão social, liberdades negativas *versus* liberdades positivas, no marco institucional do Estado democrático de direito.

Como dito anteriormente, a democracia é a condição que possibilita aos destinatários das políticas estatais destinadas à proteção dos direitos sociais a contrapor-se à atuação permanente das forças econômicas excludentes do mercado. Evidentemente que isso somente será possível com a salvaguarda da jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que essas lutas democráticas se prestam, acima de tudo, a assegurar direitos. Nesse sentido, assinala Flávia Piovesan que, levar os direitos sociais, econômicos e culturais a sério implica a um só tempo “um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda”. Tais direitos, no dizer da autora, apontam para uma preocupação com a proteção dos grupos vulneráveis, a partir da percepção com o fato de

⁶⁸⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009. p. 170; *Ley, principios derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

⁶⁸⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 16. Ao contrário da afirmação de Celso Lafer, tanto as ditas liberdades negativas quanto as liberdades positivas exigem o desenvolvimento de política administrativa por parte do Estado.

que “as necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.⁶⁹⁰

Dita problemática não escapou à teorização de Ferrajoli. Para nosso autor, os problemas suscitados pelos direitos sociais são, sobretudo, de natureza econômica e política: em primeiro lugar, porque estes têm um custo elevado em relação aos demais direitos; em segundo, porque, em virtude da ausência de adequados mecanismos de garantia, sua satisfação, no Estado social, tem sido confiada a uma onerosa e complexa mediação política e burocrática que, em virtude do enorme espaço de discricionariedade político-administrativa, constituem a principal fonte de desperdício de recursos públicos, custos, ineficácia e corrupção. O Estado social, ao não se encontrar assentado em modelos teórico-jurídicos semelhantes àqueles pensados para servirem de fundamento ao Estado liberal, tem-se desenvolvido sem nenhum projeto garantista, atuando por meio de uma caótica inflação legislativa, aparatos e práticas políticas e administrativas.⁶⁹¹

Ferrajoli propõe como alternativa, a máxima desburocratização do Estado social por meio de estratégias que já não mais apostem numa lógica discricionária e seletiva, a qual deve ser substituída por uma lógica universalista própria dos direitos fundamentais. Tal mudança de rumo, segundo ele, requer por em destaque os aspectos jurídico, econômico e político de um princípio geral segundo o qual um direito social pode ser garantido de maneira simples e eficaz, desde o ponto de vista jurídico; com menos custo, do ponto de vista econômico; e com menor nível de discricionariedade político-administrativa e, portanto, menos sujeito à seletividade e mais imune à corrupção, na medida em que seja reduzida a intermediação burocrática necessária a sua satisfação, que poderia até ser totalmente eliminada por meio uma garantia igual para todos, ou seja, independentemente do grau de necessidade de cada um, e dos complicados e ineficazes procedimentos para sua determinação.⁶⁹²

Ferrajoli adota como paradigma o caso italiano, em que a Constituição garante a todos os cidadãos incapacitados para o trabalho e que careçam de meios necessários à sobrevivência os direitos sociais à subsistência e à de assistência social, por meio da atribuição de um salário mínimo garantido a todos os maiores de idade, considerando-se, ainda, o número de filhos menores, podendo, ainda, ser complementado a partir de certa idade com uma pensão por ancianidade. Para ele, tais direitos deveriam ser assegurados por lei a todo e qualquer cidadão,

⁶⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 704.

⁶⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 110.

⁶⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 110-111.

de forma gratuita, universal e generalizada, defendendo o mesmo critério para outras prestações, como é o caso do direito à saúde, à educação, que são oferecidos de forma diversificada pelo Estado social, cuja tendência é de restrição e até mesmo extinção em nome da eficiência e do mercado.⁶⁹³

Segundo Ferrajoli, em todos esses casos, sendo insuficiente a intermediação burocrático-administrativa-discrecionária e, portanto, seletiva e potestativa, a satisfação de tais direitos pode ocorrer por meio de prestações gratuitas, generalizadas e obrigatórias, não mais na forma de um direito individual, mas seguindo o critério de igualdade peculiar à forma universal de todos os direitos fundamentais. Nesse tema, todavia, fica clara a preocupação do autor em eliminar a burocracia e outros mecanismos geradores de desmandos e apropriação privada de recursos públicos, e não simplesmente assegurar direitos iguais para todos sem considerar as situações de desigualdades. A esse respeito, afirma, de um lado, a necessidade de um mínimo vital ou de uma renda mínima garantida e, do outro, a instituição de uma política tributária que permita formas de arrecadação progressiva de tributos, com a finalidade de compensar os custos com o pagamento de tais benefícios àqueles que deles não necessitam.⁶⁹⁴

Para Ferrajoli, ainda que fosse dispendiosa, uma política dessa natureza compensaria os custos burocráticos, por reduzir a ação dos aparatos parasitários que administram a assistência e a seguridade social que, além da corrupção, utilizam critérios potestativos, clientelistas e, acima de tudo, discriminatórios. Enfim, Ferrajoli propõe a universalização das prestações derivadas dos direitos sociais, desvinculando-as do estado de necessidade, como técnica de garantia idônea a assegurar o máximo de igualdade, transparência, automaticidade e eficácia.⁶⁹⁵

Também nessa matéria, outro não é o entendimento de Avelãs Nunes. Reportando-se ao caso brasileiro, afirma o autor que, do artigo 196 da Constituição, deduz-se que o direito à saúde é “um direito coletivo, um direito de todos ao acesso universal e igualitário às prestações dos serviços de saúde”. Trata-se, segundo ele, de um direito que o Estado “deve garantir através de políticas públicas sociais e econômicas, e não apenas do tratamento na doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam à redução do risco de doença”.⁶⁹⁶ Com efeito, Avelãs Nunes defende a universalidade

⁶⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 111.

⁶⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 111.

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 111-112.

⁶⁹⁶ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35.

dos serviços destinados ao atendimento dos direitos sociais afirmando que, assim como o sol nasce para todos, também a gratuidade desses serviços deve ser para todos. Ressalva, todavia, que o problema da diferença de renda entre pessoas ou grupos sociais resolve-se por meio da política fiscal, onde os mais ricos contribuiriam com valores mais elevados que os mais pobres.⁶⁹⁷

Como se pode perceber, os dois autores acima citados defendem o caráter universalista das políticas sociais como forma de garantir direitos iguais a todos. Todavia, ambos ressaltam a necessidade de um sistema tributário progressivo, com a finalidade de evitar desequilíbrio. De fato, num modelo institucional que tenta compatibilizar na mesma fórmula liberalismo econômico e justiça social, o desenvolvimento igualitário de políticas sociais atuaria como forma de acentuar as desigualdades e, por conseguinte, aprofundar a injustiça. Com efeito, ao que parece, a ideia de universalização enquanto princípio fundamental do Estado do bem-estar-social há que ceder espaço para a ideia de focalização, no sentido de que os recursos sejam destinados exatamente para aqueles que deles mais necessitam.⁶⁹⁸ Evidentemente que isso implica disputa de interesses, o que ressalta a importância da participação e da jurisdição.

⁶⁹⁷ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 20.

⁶⁹⁸ Sobre as concepções de universalização e focalização de políticas sociais, ver: MARSIGLIA, Regina M. G. Políticas sociais: desigualdade, universalização e focalização na saúde no Brasil. *Saúde e Sociedade*, v. 14, n. 2, p. 69-76, maio-ago. 2005; PEREIRA, Jordeana Davi; SILVA, Sheyla Suely de Souza; PATRIOTA, Lucia Maria. Políticas sociais no contexto neoliberal: focalização e desmonte dos direitos. *Qualit@s – Revista Eletrônica*, Edição Especial; CAMARGO, José Márcio. Gastos sociais: focalizar versus universalizar. *IPEA Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, n. 7, p. 117-121, ago, 2003. Ver também: GIL, Maria Ángeles Bengoechea. La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvana; ROSSETTI, Andrés (Eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI: un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: DYKINSON, 2010.

**PARTE 2 – DIREITOS SOCIAIS E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO: SUA REPERCUSSÃO NO MODELO
BRASILEIRO DE PROCESSO DAS AÇÕES COLETIVAS**

5. A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

5.1. Um esclarecimento inicial: entre jurisdição constitucional e ordinária, jurisdição constitucionalizada

Conforme ficou consignado no último tópico do terceiro capítulo, a mudança de paradigma do direito pré-moderno para o direito moderno implicou uma refundação do direito que, de ora em diante, assentou-se no princípio da legalidade como forma de garantia da liberdade contra o arbítrio, fazendo exsurgir o Estado legislativo de direito, conectado ao positivismo jurídico. Ali, a validade da lei se confundia com sua própria vigência ou existência, e a sujeição do juiz à legalidade constituía a fonte de legitimação das suas decisões. Daí a afirmação de Ferrajoli, segundo a qual um dos postulados teóricos do positivismo jurídico consistia exatamente na obrigação do juiz de aplicar a lei vigente.⁶⁹⁹

Todavia, também de acordo com o que ficou registrado acima, no constitucionalismo rígido verificou-se uma mudança paradigmática no tocante ao papel conferido à jurisdição. Dita mudança decorreu de uma nova concepção de validade, somada a uma concepção de democracia constitucional, que comporta, além da dimensão política ou formal, uma dimensão substancial, consubstanciada nos direitos fundamentais. Como esclarece Ferrajoli, os desníveis normativos que explicam a existência de normas inválidas, conectados à incorporação de normas consagradoras de direitos fundamentais no texto constitucional, mudaram a relação do juiz com a lei e fundaram uma nova e mais forte legitimidade democrática do poder judiciário, na medida em que atribuíram à jurisdição uma função de garantia dos cidadãos contra violações a todos os níveis de legalidade por parte dos poderes públicos.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 873.

⁷⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 25-26. Consoante explica Ferrajoli, a transformação na estrutura do sistema jurídico é produto da invenção e da introdução, sobretudo no segundo pós-guerra, das constituições rígidas, que incorporam princípios e direitos fundamentais, como limites e vínculos não somente ao poder executivo e judiciário, mas igualmente ao poder legislativo. No modelo tradicional positivista, acrescenta o autor, o Estado de direito consistia essencialmente na primazia da lei, e a democracia, na onipotência da maioria, encarnada, por sua vez, na onipotência do parlamento. O papel do juiz enquanto órgão configurava mera técnica de aplicação da lei qualquer que fosse seu conteúdo. Esse sistema transforma-se radicalmente com o surgimento das constituições rígidas no segundo pós-guerra, movimento que completou o paradigma do Estado de direito, através do qual próprio legislador ficou submetido à lei, exsurgindo daí, a ideia contemporânea de Estado constitucional de direito. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 209)

Com isso, o juiz, que antes estava sujeito à lei qualquer que fosse o seu conteúdo, passou a sujeitar-se somente à lei considerada válida em face da constituição: no paradigma constitucional garantista, diz Ferrajoli, a validade deixa de ser um dogma associado à mera existência da lei, ou seja, uma validade meramente formal, e passa a ser uma qualidade contingente desta, vinculada à coerência entre o seu significado e a constituição, cuja valoração fica a cargo do juiz. Daí decorre que a interpretação da lei passou a ser um juízo sobre a própria lei, o que corresponde ao dever do juiz de eleger os significados válidos, ou seja, aqueles que estejam de acordo com a constituição, isto é, com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.⁷⁰¹

Como ressalta nosso autor, sempre que os juízes forem instados a se manifestar sobre a validade ou não de uma lei vigente fica excluída do processo interpretativo a possibilidade de sujeição acrítica e avaliativa em relação àquela mesma lei, assim como a natureza de dogma indiscutível como objeto de explicação científica. Nessa perspectiva, só se pode falar em fidelidade à lei quando esta for considerada constitucional. Num sentido inverso, poderá o juiz censurar a lei diante de eventual incompatibilidade desta com a constituição.⁷⁰²

Com efeito, esmaece aquele postulado teórico do positivismo jurídico referido acima, segundo o qual o juiz estava obrigado a aplicar a lei vigente. Dito postulado, nos Estados que adotam o modelo de constituição rígida, passa a ser verdadeiro somente em parte. Significa dizer que, toda vez que houver suspeita de invalidade da lei, deixa de haver, para o juiz, a obrigação jurídica de aplicá-la automaticamente: no Estado constitucional de direito, diz Ferrajoli, os juízes detêm o poder não só de interpretar as leis, mas também de suspender a sua aplicação quando contrárias à constituição. Destarte, não há mais como sustentar o dogma positivista da obrigação jurídica de aplicar a lei.⁷⁰³

Partindo desse pressuposto, é forçoso admitir que assiste razão a Lenio Streck, quando afirma que todo e qualquer ato interpretativo é ato de jurisdição constitucional, sendo, portanto, dever do juiz, antes de qualquer outra coisa, aferir a conformidade entre o texto normativo infraconstitucional e a constituição.⁷⁰⁴ De acordo com o jurista gaúcho, ainda quando aparentemente a controvérsia possa ser resolvida mediante a aplicação de uma regra, o intérprete tem o dever de verificar se o princípio a ela subjacente não aponta para outra

⁷⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26.

⁷⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 876.

⁷⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 873.

⁷⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 362. No mesmo sentido: FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 29, 62.

direção.⁷⁰⁵ Ou seja, para Lenio Streck, em virtude da força normativa conferida aos princípios constitucionais no segundo pós-guerra, não é possível afirmar a existência de uma cisão entre regras e princípios, e sim que a toda regra subjaz um princípio.⁷⁰⁶

Nessa toada, Lenio Streck afasta a possibilidade de uma hermenêutica constitucional específica. O autor considera possível afirmar a existência de especificidade no processo interpretativo. Todavia, tal especificidade decorre exatamente do fato da constituição ser considerada “o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico”.⁷⁰⁷ Como esclarece Lenio Streck, a especificidade de uma hermenêutica constitucional reside tão-somente no fato de que o texto da constituição, compreendido nele tanto as regras quanto os princípios, “deve autossustentar-se, enquanto que os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele”.⁷⁰⁸

Acrescenta, ainda, o jurista gaúcho que, sendo a constituição dirigente e vinculante, é imprescindível ter presente o fato de que todas as normas infraconstitucionais, para ter reconhecida a sua validade, devem passar, necessariamente, por um processo de contaminação, ou seja, por um processo de “filtragem constitucional”. Logo, o juiz somente fica adstrito à lei quando esta for válida, isto é, quando o seu conteúdo for coerente com o conteúdo material da constituição.⁷⁰⁹ Essa é também a compreensão que se pode inferir de Paulo Bonavides, para quem, no constitucionalismo contemporâneo, não há como conceber o direito desvinculado do seu “substrato principiológico”. É nesse sentido a lição do mestre cearense, segundo a qual o direito não subsiste por si na lei e nos códigos.⁷¹⁰

Ora, se tudo isso é verdade, ou seja, se no constitucionalismo contemporâneo, por força do caráter de função de garantia conferido à jurisdição, todo ato jurisdicional implica a verificação da compatibilidade dos atos emanados dos poderes públicos com a constituição, é de se concluir que não faz sentido, nessa quadra da história, falar-se em jurisdição

⁷⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. No mesmo sentido: MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

⁷⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Essa é a mesma tese admitida por autores como Luigi Ferrajoli e Juan Ruiz Manero. (FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012. p. 57)

⁷⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 259.

⁷⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 259-260.

⁷⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 250.

⁷¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 314.

constitucional e jurisdição ordinária, como se houvesse uma distinção substancial entre elas. Ao invés disso, parece que seria mais adequado por a ênfase na ideia de uma jurisdição constitucionalizada, cuja consequência consiste no dever do juiz de: a) promover a filtragem constitucional dos atos emanados dos poderes públicos; b) negar aplicabilidade às leis inválidas; c) aplicar a lei quando esta estiver em conformidade com a constituição.

Além disso, é preciso ressaltar, parafraseando Ferrajoli, que a substituição das noções de jurisdição constitucional e de jurisdição ordinária, pela ideia de jurisdição constitucionalizada, não se apresenta como um mero problema de retórica, sendo, antes, uma questão que envolve importante implicação de ordem prática. Como se pode inferir do jurista italiano, a operação crítica que permite ao juiz identificar os conteúdos normativos constitucionalmente válidos ou inválidos visa, sobretudo, assegurar a proeminência da constituição.⁷¹¹ Com isso, o autor pretende afirmar que, no seu modelo teórico, não há espaço para decisionismos e ativismo judicial, isto é, o poder judiciário está vinculado à constituição, não estando os juízes autorizados a criar direito.

No constitucionalismo rígido, insiste o mestre florentino, o juiz deve interpretar a lei de acordo com a constituição e somente quando o contraste resultar insanável deve afastá-la. Isso equivale dizer que, ao mesmo tempo em que não há mais por parte do juiz uma vinculação à lei de forma acrítica e incondicionada, há, em contrapartida, uma sujeição deste à constituição: “os juízes devem interpretar a lei à luz da constituição, restringindo e ampliando seu alcance de acordo com os princípios constitucionais”.⁷¹² Com efeito, aduz Lenio Streck que, na perspectiva garantista, a constituição deve ser entendida como um “paradigma hermenêutico de definição do que seja um texto normativo válido ou inválido, propiciando toda uma filtragem dos dispositivos infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem a sua validade em face da Lei Maior”.⁷¹³

⁷¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26. Explica Ferrajoli, que dita operação nada mais é do que aquilo que, na década de setenta, em seu país, se designava com o uso da expressão “jurisprudência alternativa”, em relação a qual se tem produzido muitos equívocos. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26) A esse respeito, esclarece Lenio Streck que, na Itália, nos anos setenta, havia por parte dos denominados “juízes alternativos”, um “ferrenho compromisso com a Constituição”. A ideia de direito alternativo se identificava, pois, com uma “instância normativa” superior contra o direito infraconstitucional, por meio da qual se utilizava a Constituição como “instrumento de correção e filtragem”. (STRECK, Lenio Luiz. Uma análise sociológica do direito. *Revista do Instituto Humanista Unisinos*, São Leopoldo, n. 305, ago. 2009. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2758&secao=305. Acesso em 15/09/2012)

⁷¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26; Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 102.

⁷¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.p. 251.

Nesse sentido, afirma-se que o garantismo opõe-se tanto ao autoritarismo, no campo da política, quanto ao decisionismo no âmbito do direito: no primeiro caso, sustenta uma concepção de democracia constitucional; no segundo, sustenta o princípio da legalidade ou governo *sub leges* numa dupla perspectiva: mera legalidade e *stricta* legalidade.⁷¹⁴ Dito de outro modo, o garantismo se opõe tanto ao autoritarismo político quanto ao ativismo judicial, por considerar ambas as posturas incompatíveis com sua concepção de democracia constitucional e com a separação de poderes.⁷¹⁵

Todavia, não é essa a compreensão que prevalece do contexto brasileiro. A esse respeito, merece destaque o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos REsp. n. 1058114 e 1063343, de 17 dezembro de 2008, cuja decisão foi criticada por Lenio Streck em *Verdade e consenso*. Naquela ocasião, o órgão Especial do referido Tribunal, por maioria de voto, negando aplicabilidade ao art. 501 do Código de Processo Civil, que faculta ao recorrente desistir do recurso a qualquer tempo, independentemente da anuência do recorrido ou dos litisconsortes, decidiu pela impossibilidade da parte desistir do Recurso Especial após a sua afetação para julgamento por meio do denominado Incidente de Recurso Repetitivos, instituído pela Lei 11.418/2008, que introduziu o art. 543-C no referido diploma.

A decisão do Tribunal assentou-se basicamente em três argumentos: a ausência de razoabilidade na desistência da ação no estágio em que se encontrava o processo; o fato de não existirem direitos absolutos; e a prevalência do interesse público sobre o interesse privado do recorrente. Para além de uma série de implicações analisadas de forma detida por Lenio Streck, importa aqui a denúncia formulada pelo autor no sentido de que os prolores da decisão não atribuíram à Constituição o seu devido valor: “em nenhum momento” a questão da jurisdição constitucional foi trazida à discussão no aludido julgamento”.⁷¹⁶

No entanto, aduz Lenio Streck que, numa democracia, um tribunal só pode negar aplicabilidade a uma lei se, por meio de uma operação de controle de constitucionalidade, a considerar inconstitucional. De acordo com o professor gaúcho, é direito do cidadão que a sua causa seja julgada a partir da constituição. É isso que permite aferir se a resposta jurisdicional

⁷¹⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Ed.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 22; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 855-856; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 6-115.

⁷¹⁵ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 123.

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 602-607.

está ou não de acordo com a constituição, que, no dizer do autor, constitui “o *locus* de sentido fundante”.⁷¹⁷ Como se pode perceber, no constitucionalismo contemporâneo, não há possibilidade de separar a interpretação da lei da interpretação da constituição.

Como se infere de Lenio Streck, dita impossibilidade decorre do direito fundamental à resposta correta, isto é, de uma resposta adequada à constituição, que, por sua vez, está conectado ao dever fundamental de fundamentação por parte do juiz, nos moldes precisos do que está previsto no artigo 93, IX da Constituição brasileira que, no dizer do autor, trata da “fundamentação da fundamentação” das decisões judiciais. Ainda de acordo com Lenio Streck, a complementaridade entre o direito fundamental a uma resposta correta e o dever de fundamentação “representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”.⁷¹⁸

Assim, fica mais que evidenciado que, se no constitucionalismo contemporâneo não se pode dissociar lei e constituição, ou seja, não é possível separar a interpretação da lei da interpretação da constituição, como aludido acima, não há que se falar em jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, devendo-se, antes, afirmar a constitucionalização da jurisdição. Tal circunstância ganha relevo na medida em que, como se denota dos autores acima, está relacionada à ideia de autonomia do direito ante o poder ilegítimo, ao mesmo tempo em que aposta na democracia como fonte legitimadora do poder.

Nesse sentido, é significativa a afirmação de Lenio Streck, segundo a qual os juízes têm o dever de aplicar a lei, a não ser que ela seja considerada inconstitucional: esse dever é ressaltado tanto mais pelo fato de estar-se numa democracia.⁷¹⁹ Condorde com o pensamento de Ferrajoli, neste particular, aduz Lenio Streck que, o garantismo é “uma maneira de fazer democracia dentro do direito e a partir do direito”.⁷²⁰ Isso não é pouco, considerando-se que, nos seus primórdios, a afirmação do princípio da legalidade, que configurou uma das duas grandes revoluções no pensamento jurídico referidas por Ferrajoli, não teve assento na democracia enquanto fonte legitimadora do poder político. Basta lembrar que Montesquieu, conforme se verá adiante, ao afirmar a primazia da legalidade contra o poder despótico e a

⁷¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 105; *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 617, 622.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 617.

⁷¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 602-606; *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93-96.

⁷²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 251.

favor da segurança jurídica, não optou pelo princípio democrático, senão por um governo monárquico ou, nas suas palavras, governo de um só.⁷²¹

Com efeito, de tudo quanto foi dito, resta de todo evidenciada a conveniência na utilização do termo “jurisdição constitucionalizada” em contraposição às noções de jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, que, até certo ponto, são antagônicas entre si. Por conseguinte, de ora em diante, empregar-se-á a expressão “jurisdição constitucional” apenas em referência aos autores que dela se utilizam. Afora isso, utilizar-se-á a primeira expressão para ressaltar a importância da atividade jurisdicional ante a proeminência da constituição no constitucionalismo contemporâneo. No corpo do presente escrito, sempre que possível, será empregado, simplesmente, o vocábulo “jurisdição”, com a finalidade explícita de minimizar a importância daquele dualismo no atual contexto.

5.2. Sobre a legitimidade da jurisdição para o controle de constitucionalidade

5.2.1. Colocação do problema

Numa perspectiva garantista, legitimidade é a “adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de direitos fundamentais”.⁷²² De acordo com Cademartori, é isso que se deve entender quando Ferrajoli se refere à legitimação substancial e à instrumentalização dos poderes do Estado a serviço dos direitos fundamentais.⁷²³ É partindo dessa premissa, e considerando a democracia como fonte de legitimidade do poder estatal, que se coloca o problema acerca da legitimidade da jurisdição para a verificação da referida adequação. A questão formulada é, pois, no sentido de saber se a revisão judicial é democrática, ou seja, como é possível que leis promulgadas por legisladores eleitos por majorias de votantes sejam declaradas inconstitucionais por juízes não eleitos e nomeados para cargos vitalícios.⁷²⁴ Implica, pois, saber onde reside o elemento

⁷²¹ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. 135-136.

⁷²² CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 230.

⁷²³ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 230.

⁷²⁴ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 113-114; ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 135; BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, José de Sousa *et al.* *Legitimidade*

legitimador da jurisdição para realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Retrocedendo no tempo, é possível afirmar que tal problemática nasceu com o constitucionalismo americano, vinculada à necessidade de respeito ao princípio da separação de poderes, conectado ao princípio democrático, e à supramacia da constituição. De fato, como ficou demonstrado no segundo capítulo, na teorização levada a efeito pelos federalistas, coube ao judiciário, em virtude de ser considerado o poder menos perigoso, o papel de baluarte da constituição, no sentido de protegê-la contra eventual usurpação por parte do legislador. Já naquele contexto, Hamilton teve que responder às críticas dos antifederalistas ao argumentando de que cabia ao judiciário apenas manter o legislador dentro dos limites a ele fixados pela constituição, ou seja, o papel do judiciário seria o de um contrapoder.

Ali, em caso de contrariedade entre a lei ordinária e a constituição, esta teria aplicação imediata. Advertia, porém, Hamilton, que o papel do juiz consistia tão-somente em estabelecer o sentido da lei e não em substituir o ato de julgar por um ato de vontade, interferindo, assim, na esfera de competência do legislador. Como ficou ressaltado, se fosse assim, tornar-se-ia sem sentido o princípio da separação de poderes: se tal procedimento fosse válido, dizia Hamilton, não seria necessário que os juízes deixassem de pertencer ao poder legislativo.

Também os argumentos de Kelsen, em defesa do controle de constitucionalidade das leis, no âmbito europeu, em pleno século XX, se confrontaram com as mesmas objeções dirigidas contra o modelo americano, quais sejam: os perigos que o controle de constitucionalidade representava em relação à regra da separação de poderes e a preocupação de ordem democrática que impugnava a legitimidade dos limites impostos pela constituição, assim como pelos intérpretes, à vontade do legislador democrático.⁷²⁵ Há, todavia, quem

e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39.

⁷²⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150-154; SALAZAR, Pedro. Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen. *Isonomia*, n. 28, p.187-197, abr. 2008. p. 189; RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomia*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 256, 260. Contra a primeira objeção, Kelsen procurou estabelecer uma distinção entre seu modelo de jurisdição constitucional e o modelo americano. Para ele, ao contrário do que ocorre nesse último, o Tribunal Constitucional não integra a estrutura do poder judiciário, integrando, antes, a estrutura do legislativo, tendo sua função natureza de função legislativa negativa, já que anular uma lei equivale editar uma norma geral: a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade de sua produção, não sendo outra coisa que não a produção em sentido negativo, portanto, uma atividade legislativa. Como resposta à segunda objeção, argumentava Kelsen, que o controle de constitucionalidade não afeta a democracia porque, na realidade, dito controle atua como condição para o desenvolvimento da própria democracia. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150-152; SALAZAR, Pedro. Nota sobre democracia y constitución en

defenda que, passado tanto tempo, a questão atinente à legitimidade democrática da jurisdição para o controle de constitucionalidade é assunto superado.

Com efeito, na sua intervenção durante o Colóquio em comemoração aos dez anos de criação do Tribunal Constitucional português, em 1995, Vital Moreira pôs-se a pergunta se faz sentido que, depois de quase duzentos anos que o juiz Marshall proferiu a célebre sentença no caso *Marbury vs. Madison*, que inaugurou a *judicial review* no sistema americano; passados mais de setenta anos da criação do Tribunal Constitucional austríaco que, a partir da teorização de Kelsen, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade no continente europeu; decorridos mais de oitenta anos da implantação, em Portugal, do controle difuso de constitucionalidade, de inspiração americana; e, por fim, depois de dez anos de criação do Tribunal Constitucional naquele país, ainda se esteja discutindo acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere a sua relação com o princípio da maioria.⁷²⁶

Para Vital Moreira, dita questão acha-se definitivamente superada. Segundo ele, o crescente número de países que adotam um tribunal constitucional, ou reconhecem à justiça ordinária o papel de fiscalização da constitucionalidade das leis, parece ter-se tornado atualmente um requisito de legitimação e de credibilidade dos próprios regimes democráticos: “a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”.⁷²⁷ No dizer do autor, os dois dogmas que serviam de fundamento para as objeções à legitimidade da jurisdição constitucional, quais sejam: a soberania do parlamento e a separação de poderes, corolários do princípio da maioria, “deixaram de ter, em grande parte, correspondências nas realidades político-constitucionais contemporâneas”.⁷²⁸

Prossegue Vital Moreira afirmando que, a ideia de soberania do parlamento e da onipotência da lei dele emanada, perdeu terreno em favor da soberania e supremacia da constituição, assim como do “caráter constituído e subordinado do poder legislativo”, que se fez acompanhar da convicção segundo a qual “o princípio da maioria não equivale à

la obra de Hans Kelsen. *Isonomia*, n. 28, p. 187-197, abr. 2008. p. 189-190; RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomia*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 256)

⁷²⁶ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177-178.

⁷²⁷ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.178.

⁷²⁸ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

prepotência, nem pode traduzir-se na imunidade do poder legislativo e executivo perante as violações da Lei fundamental”.⁷²⁹ Como se pode inferir de tais argumentos, a perda de atualidade do tema da legitimidade da jurisdição para o controle de constitucionalidade das leis teria decorrido de uma releitura do princípio democrático e da separação de poderes, que conduziu à superação do dogma da onipotência do legislador pela supremacia da constituição.

De fato, para Moreira, “a velha objeção deduzida do papel de estrita subordinação à lei atribuído aos tribunais pela teoria clássica da separação de poderes, e do entendimento de que as questões de constitucionalidade são de natureza necessariamente política a que aqueles se devem manter alheios”, argumento desenvolvido por Carl Schmitt para opor-se à criação de um tribunal constitucional durante a República de Weimar, encontra-se ultrapassada pela consideração da constituição como lei suprema e pela própria configuração dos tribunais constitucionais como órgãos distintos e autônomos em relação ao poder judiciário, em virtude das especificidades que deve ter a justiça constitucional. Nesse novo contexto, diz o autor, “a soberania do legislador cedeu passo à supremacia da constituição; o respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado”.⁷³⁰

Por fim, acrescenta Vital Moreira, “na conexão clássica o juiz estava vinculado a aplicação das leis ordinárias, ficando a constituição fora da sua alçada; esta tinha como destinatário apenas o poder legislativo e o poder executivo, cabendo ao primeiro autocontrolar-se e controlar o executivo”. Por tudo isso, diz ele, a questão da legitimidade da jurisdição constitucional sempre irá figurar entre as aporias recorrentes da filosofia política e da teoria constitucional, notadamente no que se refere ao princípio da maioria e sua relação com os tribunais. Todavia, dita questão deixou de ser tema principal de controvérsia e deu lugar à questão do “sentido, alcance, extensão e limites” da sua atuação. O que deve estar em discussão é o sentido do princípio da maioria e em que medida ele deve continuar a servir, “não já como impedimento da justiça constitucional, mas sim de limite dos poderes do juiz constitucional”.⁷³¹

⁷²⁹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José de Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

⁷³⁰ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

⁷³¹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, José Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179-180.

Não obstante a pertinência, em parte, dos argumentos expendidos por Moreira, o certo é que, apesar do tempo decorrido, e das transformações operadas no âmbito da filosofia política e da teoria constitucional, por ele referidas, a questão da legitimidade democrática da jurisdição para o controle de constitucionalidade continua sendo objeto de interesse doutrinário: trata-se de um dos assuntos mais importantes e mais instigantes da atualidade, dele se ocupando, com bastante intensidade, juristas, filósofos, sociólogos, politólogos etc.⁷³² A superação do dogma da onipotência do legislador e da primazia da lei pela afirmação da força normativa e da supremacia da constituição, com o novo papel conferido à jurisdição, nem de longe significou atribuir importância menor ao princípio democrático e à regra da separação de poderes.

Com efeito, ao tratar da problemática entre justiça e legislação, afirma Habermas que a crítica à jurisdição constitucional ocorre quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, representando sempre, nessa exata medida, “uma disputa pelo princípio da divisão de poderes”. Contudo, para o autor alemão, a questão pode ser abordada a partir de três perspectivas diferentes. Na primeira, a crítica apóia-se numa interpretação literal do esquema clássico de separação de poderes, partindo do desenvolvimento do Estado liberal que mais tarde se transformou num Estado intervencionista e do bem-estar social; a segunda envolve o debate acerca da indeterminação do direito tendo em conta a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão, cuja crítica “volta-se contra uma autocompreensão metodológica que se forma no tribunal, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens”; a terceira e última, põe em destaque o papel do tribunal constitucional no sentido de proteger o procedimento democrático de produção legislativa.⁷³³

A questão atinente à separação de poderes não passa de uma interpretação equivocada daquele aforismo político no âmbito europeu-continental. Resultado de uma correta interpretação das ideias de Montesquieu no contexto americano, foi exatamente o princípio da separação de poderes que viabilizou a afirmação da supremacia da constituição em detrimento

⁷³² COMELA, Víctor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILLO, Leandro García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: UEC, 2010. p. 479; BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

⁷³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 298-299. No mesmo sentido: ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio majoritário. In: BRITO, José Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 127; TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. 47.

do dogma da onipotência do legislador e da primazia da lei como fonte do direito, por meio da atribuição de um papel ativo à jurisdição, como forma de freio e contrapeso em relação ao poder do parlamento. Como ficou registrado no capítulo segundo e será mais bem explicado adiante, foi exatamente isso que configurou, desde o início, no constitucionalismo americano, a ideia de uma democracia constitucional, ou seja, que permitiu a limitação do poder da maioria, por meio da instituição do controle de constitucionalidade das leis.

Já a questão da indeterminação do direito, referida por Habermas, vem ao encontro do argumento de Vital Moreira enfatizado acima, no sentido de que a grande preocupação atual no tocante à intervenção do judiciário na esfera de atuação do legislativo deve ser quanto aos limites dessa atividade interventiva. Porém, dita questão, ao contrário do que afirma Moreira, e de conformidade com o que aduz Habermas, está diretamente vinculada à regra da separação de poderes que, por sua vez, como dito, é inseparável do princípio democrático: ultrapassar os limites democráticos viola o princípio da separação de poderes e deslegitima a atividade jurisdicional. Como vem denunciando insistentemente Lenio Streck, a necessidade de controle ao poder hermenêutico dos juizes no constitucionalismo contemporâneo é sobretudo uma preocupação de ordem democrática.⁷³⁴

Nesse sentido, é significativa a afirmação de Tomaz de Oliveira segundo a qual, no contexto do constitucionalismo do segundo pós-guerra, o caráter incisivo da figura do juiz, no sentido de intervir no limite entre política e direito, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais, “deixa sempre a possibilidade de que sua decisão não possa ser controlada pelos meios democráticos de legitimação, o que levaria a possíveis arbitrariedades judiciais”, devendo, pois, a partir dessa constatação, toda a atenção da metodologia jurídica ser direcionada para a questão da fundamentação das decisões judiciais e para a indicação de mecanismos que sejam capazes de coibir discricionariedades.⁷³⁵ Leia-se: capazes de evitar o ativismo judicial ou criação judicial do direito.

Abstraindo-se a questão atinente à indeterminação do direito que, de acordo com Lenio Streck, não pode prescindir de uma teoria da decisão judicial compatível com caráter altamente democrático do constitucionalismo contemporâneo,⁷³⁶ remanesce a discussão

⁷³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷³⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68.

⁷³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Ver também: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; CARNEIRO, Walber Araújo. *Heermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica,*

acerca do papel atribuído à jurisdição não apenas no sentido de proteger o procedimento democrático de produção legislativa, como pretende Habermas, senão de intervir na esfera de competência dos demais poderes, especialmente tendo em conta o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais e a necessidade de torná-los efetivos. Isso não escapa a uma análise acerca da legitimidade democrática da jurisdição para o controle de constitucionalidade, o que pode ser explicado a partir de quatro teorias.

5.2.2. A revisão judicial como reforço à representação política: John Ely

A primeira delas é a teoria do reforço à representação política, desenvolvida por John Hart Ely. Dita teoria sustenta que a revisão judicial deve custodiar os procedimentos democráticos e proteger a minorias isoladas.⁷³⁷ Significa dizer, que aos juízes não cabe decidir sobre valores com vistas à obtenção de resultados substanciais. Para Ely, “numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos”; se a maioria dos eleitores desaprovar tais determinações, deverá destituí-los através do voto.⁷³⁸ “o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático”.⁷³⁹

Nessa perspectiva, a atuação da justiça constitucional não pode ser considerada incompatível com a democracia, senão de acordo com ela, porquanto, em vez de reduzir, reforça a representação: ao contrário de uma abordagem que visa à imposição judicial de “valores fundamentais”, diz Ely, a tese que enfatiza a representatividade, antes de incompatível serve de fundamento ao sistema de democracia representativa. De acordo com

constituição e respostas corretas em direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷³⁷ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 177.

⁷³⁸ A corte não deve prestar atenção a valores substantivos, senão velar para que os canais de agregações de preferências e acesso à representação política estejam abertos para todos: a norma fundamental não tem por finalidade estabelecer alguma ideologia dominante, e sim fixar procedimentos legítimos. Sendo assim, o controle judicial de constitucionalidade das leis não pode ser utilizado para vetar resultados com os quais estar-se em desacordo: numa democracia, a determinação de valores deve ficar a cargo dos representantes e, em caso de desacordo com as políticas aprovadas, devem ser retirados do poder, mediante a utilização da liberdade de expressão e do voto. (LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 166)

⁷³⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137, 156. “Ely parte da ideia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326)

essa tese, prossegue ele, é inaceitável admitir que juízes nomeados e com cargo vitalício decidam melhor sobre os valores convencionais do que os representantes eleitos: “em vez disso, preconiza que se policiem os mecanismos através dos quais o sistema busca assegurar que nossos representantes irão de fato nos representar”.⁷⁴⁰

Para Ely, não é justo dizer que o governo está funcionando mal somente porque às vezes produz resultados com o qual não se concorda. Segundo ele, o mau funcionamento ocorre quando o processo deixa de merecer a confiança dos cidadãos. Tal situação se configura quando: a) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política, de modo que continuem incluídos, enquanto os excluídos permanecem como tal; b) mesmo que a ninguém seja negado, de forma explícita, o direito de voz e de voto, a maioria põe em situação de desvantagem uma minoria, negando-lhe a “proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos”.⁷⁴¹

De acordo com Ely, numa democracia, a identificação dessas patologias deve ficar a cargo dos representantes. Os juízes, pelo fato de serem nomeados, estão relativamente excluídos do sistema de governo. Em virtude disso, não têm acesso direto ao sistema de valores. A eles cabe avaliar objetivamente qualquer reclamação “no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar”.⁷⁴² Nessa perspectiva, conforme explica Linares, a proposta de Ely confere duas funções à justiça constitucional. A primeira consiste em atuar como árbitro do processo político, a fim de que os que estejam no poder não alterem as regras do jogo democrático de modo a beneficiar a si próprio.⁷⁴³

De fato, segundo Ely, a revisão judicial deve atuar como um mecanismo antitruste no mercado político.⁷⁴⁴ Significa dizer que, em vez de buscar resultados substantivos, a justiça

⁷⁴⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 135. A abordagem que reforça a representatividade atribuí aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 135)

⁷⁴¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

⁷⁴² ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

⁷⁴³ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 164.

⁷⁴⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136. “A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação “antitruste”, entendida como oposta a uma orientação “reguladora”. Sendo assim, em vez de ditar resultados substantivos, a justiça constitucional deve intervir apenas quando o “mercado”, neste caso o mercado político, está funcionando mal de

constitucional só está autorizada a atuar quando o mercado político estiver funcionando mal, em virtude de alguns grupos tentarem alterar as regras do jogo competitivo.⁷⁴⁵ Com efeito, os juízes só podem intervir para corrigir eventual falha do legislador, a qual se configura quando a lei não reflete o resultado de um processo eleitoral inclusivo, igualitário e competitivo, ou quando, no mercado político, algum partido pretenda mudar as regras do jogo eleitoral ou do processo legislativo, com a finalidade de assegurar uma posição dominante capaz de lhe perpetuar no poder.⁷⁴⁶

A segunda função atribuída à justiça constitucional, na formulação teórica de Ely, visa assegurar que todos os grupos existentes na sociedade possam introduzir suas demandas na agenda política, por meio do acesso à representação, o que seria obtido através de um jogo democrático limpo e competitivo. Com efeito, esclarece Linares, se o objetivo da constituição é estruturar o governo de modo que várias vozes sejam ouvidas e nenhuma coalizão majoritária possa dominar de forma permanente, o fortalecimento da representação das minorias configura uma das tarefas da justiça constitucional, sem o que estas não seriam capazes de defender-se por si mesmas. Como anota o autor, é a partir dessa ideia que Ely sustenta a possibilidade de intervenção da justiça constitucional contra qualquer lei que seja prejudicial a minorias étnicas, culturais e religiosas.⁷⁴⁷

Como se pode perceber, ao limitar o papel da justiça constitucional à garantia do procedimento democrático, Ely não desconsidera por completo os conteúdos materiais da constituição. Segundo ele, é tarefa importante dos tribunais, realizar o controle das restrições legislativas à liberdade de expressão, de imprensa e de associação política.⁷⁴⁸ Também no que se refere à segregação racial, considera que as discriminações injustificadas na distribuição do voto comportam a aplicação pelos tribunais da Cláusula de Igual Proteção, prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição americana.⁷⁴⁹ Para entender melhor essa problemática,

modo sistêmico”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 136)

⁷⁴⁵ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 164.

⁷⁴⁶ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 164-165.

⁷⁴⁷ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 165-166. O tipo de controle de constitucionalidade apropriado às situações que envolvem a qualificação do eleitor deve levar em consideração o fato de que não se pode deixar que os “incluídos” decidam quem deve ficar de fora, cabendo, portanto, nesses casos, ao tribunal, a obrigação de intervir. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 160)

⁷⁴⁸ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 139-156.

⁷⁴⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 158-160.

faz-se necessário recorrer à interpretação da teoria de Ely desenvolvida por Ronald Dworkin. De acordo com o jusfilósofo americano, na maioria das constituições contemporâneas escritas encontram-se dois tipos diferentes de disposições: as expressamente estruturais; e as expressamente restritivas.

As primeiras são aquelas que instituem e definem os poderes, instrumentos e instituições de governo; as segundas são as que estabelecem limites ao poder da maioria segundo as disposições estruturais explícitas. Conforme explica Dworkin, as disposições estruturais não são democráticas somente pelo fato de não poderem ser modificadas pelo simples voto da maioria. Se as instituições criadas por meio das disposições estruturais são democráticas, isto é, se estabelecem o sufrágio universal e fixam uma razoável responsabilidade dos funcionários diante dos eleitores, o fato de uma maioria atual não poder mudar a constituição com a finalidade de consolidar seu poder, assim como de evitar que se formem novas maiorias no futuro, melhora a qualidade da democracia.⁷⁵⁰

Com efeito, esclarece o autor, as disposições restritivas são diferentes porque estabelecem limites ao poder da maioria segundo as disposições estruturais explícitas. Tais disposições vêm contempladas nas constituições na Declaração de direitos, como é o caso da Constituição americana, e se prestam a proibir de impor limites à liberdade de expressão, ou a dispor da vida e da propriedade sem o devido processo legal, ou, ainda, de negar a qualquer pessoa a igual proteção da lei. Segundo Dworkin, são exatamente as disposições restritivas que os críticos têm em mente quando reclamam ou admitem o caráter não democrático da constituição. Para essas pessoas, as disposições estruturais geram uma verdadeira democracia, não sendo, portanto, democrático a constituição impor limite ao poder da maioria que, dessa forma, fica autorizada a fazer o que entender melhor.⁷⁵¹

Sendo assim, para Ely, afirma Dworkin, algumas disposições além de restritivas, são também estruturais do ponto de vista funcional. Tais disposições, não obstante sejam restritivas, não representam risco para a democracia, sendo antes necessárias para a sua configuração. É o caso, por exemplo, da restrição constitucional que proíbe ao parlamento suprimir a liberdade de expressão. Considerando-se que as eleições representam uma mostra da vontade popular que, no entanto, só é possível quando o público se acha devidamente

⁷⁵⁰ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 116.

⁷⁵¹ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 116-117.

informado, evitar que a maioria censure a liberdade de expressão significa, antes, proteger a democracia e não subvertê-la.⁷⁵²

Ainda de acordo com Dworkin, Ely aplica o mesmo raciocínio a outras disposições constitucionais restritivas: a prescrição de que a maioria não discrimine por motivos raciais mediante segregação em escolas públicas, em vez de debilitar, melhora a qualidade da democracia, uma vez que o poder político deixa de ser igual quando a discriminação sistemática e a falta de educação retiram a um grupo o poder de influência política. Com efeito, esclarece Dworkin que, na concepção de Ely, as restrições constitucionais à atuação da maioria só tem sentido se dita atuação colocar em risco o poder eleitoral mediante a falta de educação necessária ao seu exercício.⁷⁵³

Nesse sentido, disposições constitucionais restritivas que proibissem a maioria de aprovar lei tipificando a homossexualidade ou o aborto como atos criminosos, seriam consideradas antidemocráticas, porquanto ditas limitações não poderiam ser consideradas estruturais, do ponto de vista funcional, já que desnecessárias para garantir aos homossexuais e às mulheres que defendem a prática abortiva o mesmo poder político assegurado a outras pessoas: se tais grupos perdem uma batalha política, não é porque lhe faltou educação e poder eleitoral em relação a seus oponentes, e sim porque suas postulações são impopulares e o número de eleitores favoráveis à sua causa é muito reduzido. Tal situação seria compatível com a democracia.⁷⁵⁴

De igual modo, a liberdade religiosa, assegurada na Primeira Emenda à Constituição americana, assim como suas disposições que impedem que as maiorias estabeleçam uma igreja particular, não poderiam ser consideradas estruturais, do ponto de vista funcional. Assim, não se justificaria a intervenção da justiça constitucional com a finalidade de assegurar

⁷⁵² DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 117. O tipo de controle de constitucionalidade apropriado às situações que envolvem a qualificação do eleitor deve levar em consideração o fato de que não se pode deixar que os “incluídos” decidam quem deve ficar de fora, cabendo, portanto, nesses casos, ao tribunal, a obrigação de intervir. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 160)

⁷⁵³ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 117-118. A negação ao voto parece ser a mais representativa obstrução do procedimento democrático. Uma teoria mais completa a respeito do voto deve esclarecer que ele envolve direitos que são essenciais ao processo democrático e cujas dimensões não podem ser deixadas somente a cargo dos representantes eleitos que, por óbvio, têm o interesse em manter o *status quo*. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 156-157)

⁷⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 118.

o processo democrático.⁷⁵⁵ Em resumo, de acordo com a interpretação dworkiniana da teoria de Ely, as disposições restritivas do poder da maioria, contempladas na Declaração de direitos, só justificam a intervenção da justiça constitucional quando consideradas, também, disposições constitucionais estruturais. É nesse particular que o controle judicial de constitucionalidade significa um reforço da representação. Ou, como dizia o próprio, “a abordagem que reforça a representatividade atribui aos juízes um papel que eles são plenamente capazes de desempenhar”.⁷⁵⁶

Em resumo, no dizer de Dworkin, a resposta mais interessante à questão do caráter democrático ou não da justiça constitucional é aquela formulada por Ely.⁷⁵⁷ Também para Linares, a proposta de Ely constitui um dos esforços teóricos mais significativos acerca do uso democrático da justiça constitucional.⁷⁵⁸ Contudo, tal proposta não está imune a críticas. Para Dworkin, a tentativa de Ely de resgatar a democracia da constituição apresenta apenas um êxito parcial.⁷⁵⁹ Linares, por sua vez, afirma que Ely, ao referir-se apenas às minorias étnicas, culturais e religiosas, excluiu de suas preocupações outras minorias que, igualmente, devem merecer especial proteção do Estado, como é o caso dos homossexuais, dos travestis, dos transexuais etc. Em virtude de tal limitação, sua teoria não permite ampliar o alcance da revisão judicial com a finalidade de proteger outras minorias vulneráveis, não permitindo, ademais, que se justifique a intervenção da justiça constitucional para a proteção de direitos sociais, assunto ao qual Ely não faz nenhuma referência.⁷⁶⁰

5.2.3. O paradigma procedimental discursivo

Não obstante a similitude, a teoria de Ely não se confunde com a teoria procedimental discursiva ou deliberativa no que se refere à solução oferecida ao problema da justificação do controle de constitucionalidade. Como visto, Ely admite a intervenção da justiça

⁷⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 118

⁷⁵⁶ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 135.

⁷⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 117.

⁷⁵⁸ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 164-165.

⁷⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 118.

⁷⁶⁰ LINARES, Sebastián. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, abr. 2008. p. 167-168.

constitucional com a finalidade de assegurar as condições de participação e de evitar a discriminação. Em Ely, a jurisdição não aparece como guardiã do processo deliberativo, porquanto o autor não tem em mente uma concepção de democracia deliberativa.⁷⁶¹ Ao contrário disso, subjaz à sua teoria uma concepção de processo político baseado num modelo pluralista de agregação de interesses típico do elitismo democrático descrito no capítulo anterior.

No seu modelo pluralista, ao juiz cabe intervir para garantir que o processo de agregação se desenvolva sem obstáculos e de modo a que todos os grupos de interesses afetados possam participar, mas não com a finalidade de favorecer a deliberação, entendida como o debate público orientado por razões imparciais, capazes de modificar as preferências pré-políticas.⁷⁶² Como dito no capítulo anterior, a deliberação não é consequência de um processo de agregação de preferências fixas e individuais, senão “um processo de comunicação, em espaços públicos, que antecede e auxilia a própria formação da vontade dos cidadãos”.⁷⁶³

Para a concepção procedimental discursiva ou deliberativa da democracia, os cidadãos não se acham vinculados a um conjunto de direitos fundamentais determinados aprioristicamente no que se refere ao processo político, mas tão-somente na medida em que eles são necessários para permitir as condições que tornam possível o processo de comunicação, como sejam os direitos de participação, de igualdade, de liberdade de pensamento, liberdade de associação, de expressão, condições mínimas de existência etc. No paradigma procedimental discursivo os direitos são concebidos como objeto de prática deliberativa por parte dos cidadãos.⁷⁶⁴

A concepção deliberativa empresta maior importância aos direitos positivos de participação política em contraposição aos direitos liberais clássicos, concebidos como

⁷⁶¹ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 336.

⁷⁶² GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 161-163. PRIETO SANCHÍS, Luis. Tribunal constitucional e positivismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Comp.). *Teoría de la constitución*. México: Porrúa-UNAM, 2000. p. 209; RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 336.

⁷⁶³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, p. 39-95, 1995, p. 45. A deliberativa assenta-se, precisamente, “nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua plenitude”. (HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, p. 39-95, 1995. p. 45)

⁷⁶⁴ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 334.

direitos de liberdade negativa.⁷⁶⁵ Em virtude disso, diz Habermas, a conexão interna entre soberania popular e direitos humanos consiste no fato de que estes últimos estabelecem de forma precisa as condições sob as quais as diferentes formas de comunicação necessárias à elaboração da lei politicamente autônoma podem institucionalizar-se. Essas condições já não consistem em constrangimentos, como no modelo liberal, mas em condições que possibilitam o exercício da soberania popular. O conteúdo dos direitos humanos reside, pois, nas condições formais para a institucionalização legal dos pressupostos discursivos de formação da opinião e da vontade que possibilitam o exercício da soberania popular.⁷⁶⁶

Convém esclarecer que, de acordo com o modelo de democracia deliberativa, a justiça constitucional deve intervir o mínimo possível, com a finalidade de evitar interferências indevidas nas decisões da assembleia deliberante. Parte-se do pressuposto segundo o qual a legitimidade do direito assenta na racionalidade das decisões políticas tomadas pelo parlamento.⁷⁶⁷ Como diz Habermas, “somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”.⁷⁶⁸ Sendo assim, uma interferência mais acentuada da jurisdição poderia ser entendida como uma forma de atropelar a legitimidade de todo sistema jurídico. Além disso, numa concepção epistêmica, considera-se que a assembleia deliberativa estaria em melhores condições de adotar decisões políticas do que os órgãos de natureza jurisdicional.⁷⁶⁹

Tudo isso deixa a impressão de que a concepção deliberativa, ao outorgar maior poder à assembleia, deixa as minorias indefesas diante de eventual abuso de poder por parte da maioria. No entanto, o que se postula é uma intervenção reduzida por parte da jurisdição, com a finalidade de salvaguardar os direitos que tornam possível a autonomia tanto pública, quanto privada, que são aqueles que possibilitam as próprias condições para a deliberação. Como forma de explicar tal operação a concepção deliberativa distingue duas categorias de direitos: os direitos *apriori*; e os direitos *a posteriori*. Os primeiros são aqueles que permitem a própria

⁷⁶⁵ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 334.

⁷⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana. In: ÁGUILA, Rafael del, VALLESPÍN, Fernando *et al.* *La democracia en sus textos*. Madrid, Alianza, 2010. p. 279. Para Habermas os direitos fundamentais são “condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política. Como condições possibilitadoras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem condições àquilo que constituem”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 165)

⁷⁶⁷ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 334.

⁷⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

⁷⁶⁹ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 334.

existência de uma democracia deliberativa, que são os direitos de participação, a liberdade de expressão, a igualdade de oportunidade para participar da deliberação, a ausência de coerção, a liberdade de pensamento e associação etc.⁷⁷⁰

Somente para evitar que algum desses direitos seja vulnerado é que se justifica a intervenção da justiça constitucional, com a finalidade precípua de restabelecer as condições indispensáveis à deliberação: para a teoria procedimental discursiva ou deliberativa, a justiça constitucional é concebida como guardiã das condições necessárias à deliberação.⁷⁷¹ Os direitos a *posteriori*, por sua vez, constituiriam uma variedade de interesses e valores que conformam o dia-a-dia da atividade política. Se tais direitos fossem deixados a mercê dos órgãos jurisdicionais, soçobriria o espaço dentro do qual a cidadania poderia atuar no sentido de moldar o próprio modelo de sociedade por ela aspirado. Evidentemente, que tudo isso, conforme anota Rodriguez-Alcalá, se traduz num modelo de constituição.⁷⁷²

De fato, para Habermas, a constituição não pode ser concebida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a *priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade em seu conjunto. Pelo contrário, a constituição fixa os procedimentos políticos de acordo com os quais os cidadãos podem, no exercício do seu direito de autodeterminação, perseguir de forma exitosa o projeto cooperativo de estabelecer condições de vida justas.⁷⁷³ Para a concepção deliberativa, a constituição não constitui um ordenamento compreensivo de toda a vida social que deve ser simplesmente desenvolvida pelo legislador, sem que coubesse âmbito algum para a livre criação, mas deve permitir um amplo espaço de configuração da vida social aos cidadãos. Isso levará a um certo minimalismo no tocante à intervenção da justiça constitucional, por meio da configuração de um modelo em que se presume a legitimidade do direito em função do caráter democrático de seu processo de produção.⁷⁷⁴

Nesse sentido, no debate envolvendo constitucionalismo *versus* democracia, a concepção deliberativa tenta estabelecer um equilíbrio no qual Rousseau prevalece sobre Locke, na medida em que se respeitem os procedimentos e regras que assegurem os ideais liberais de proteção das minorias, contra as decisões majoritárias, assegurando, neste caso, as

⁷⁷⁰ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 334-335.

⁷⁷¹ RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 336.

⁷⁷² RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 335.

⁷⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

⁷⁷⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 150; RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 336.

condições que tornam possível a comunicação, incluídas entre elas não apenas as liberdades clássicas, senão também os direitos sociais, econômicos e culturais, que garantem o exercício pleno dos primeiros. Só assim é possível explicar a fórmula de um Estado que é ao mesmo tempo constitucional e democrático.⁷⁷⁵

Do que foi dito, é possível inferir que a concepção procedimental discursiva tenta compatibilizar constitucionalismo e democracia, apostando, porém, na ampliação do princípio democrático como forma de outorgar maior legitimidade ao direito. Isso, porém, não retira dos direitos fundamentais o papel de técnica de limitação do poder político, uma vez que são eles que consubstanciam as condições necessárias para o desenvolvimento do processo deliberativo, sendo essa configuração que outorga legitimidade à jurisdição para o controle de constitucionalidade.⁷⁷⁶ É nesse sentido a assertiva de Habermas, segundo a qual o tribunal constitucional deve examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática: “tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle de constitucionalidade”.⁷⁷⁷

5.2.4. Dworkin e a leitura moral da constituição

A terceira teoria que procura justificar o controle de constitucionalidade é a leitura moral, de Ronald Dworkin. De acordo com o jusfilósofo americano, a leitura moral é um “método particular de ler e executar uma constituição política”. Ela “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”. Como a moralidade política é incerta e controversa, o sistema de governo que incorpora princípios morais tem que decidir quem possui a autoridade suprema para interpretá-lo. No sistema americano, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, à Suprema Corte. Em tal sistema, os princípios estabelecidos

⁷⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 705-707; *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2013; ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 150-153; RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005. p. 336.

⁷⁷⁶ Principalmente na vertente habermasiana, cujos direitos fundamentais, nas palavras do autor, são direitos necessários à preservação das condições de deliberação, incluídos entre eles os destinados a assegurar “condições de vida garantidas social, técnica e ecológica”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 160.

⁷⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

na Declaração de direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo *status* moral; deve tratar todos com igual consideração, devendo respeitar “todas as liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins”, de que são exemplos: a liberdade de expressão e a liberdade de religião.⁷⁷⁸

Pela leitura moral, afirma Dworkin, os dispositivos da constituição que protegem os indivíduos e as minorias contra a ação do Estado e que se acham contemplados na Declaração de direitos, assim entendida “todos os dispositivos da constituição que estabelecem os direitos individuais”, como é o caso daqueles que protegem as prerrogativas e imunidades dos cidadãos e lhes garantem o devido processo e a igualdade de proteção da lei, a liberdade de expressão e a liberdade de religião, formam “um conjunto de princípios morais”, que impõem “limites aos poderes do Estado”. Todavia, diz ele, os juristas partem do pressuposto segundo o qual as restrições impostas pela constituição aos processos políticos majoritários são antidemocráticas, principalmente naquelas hipóteses em que ditas restrições são fixadas pelos juízes.⁷⁷⁹

Afirma Dworkin, que a discussão entre os constitucionalistas e os juízes nunca teve por objetivo decidir se estes devem ou não mudar a constituição: a questão sempre consistiu em saber como a constituição deve ser interpretada. Além desse fato, os constitucionalistas reconhecem também que a questão da interpretação envolve uma controvérsia de natureza política, já que a única objeção substancial à leitura moral consiste na afirmação segundo a qual ela é contrária à democracia. Com efeito, o debate acadêmico sobre o assunto gira em torno de saber até que ponto pode-se comprometer a democracia em troca de proteção a certos valores, incluídos entre eles os direitos individuais: de um lado, acham-se aqueles que desejam firmemente proteger a democracia; do outro, os que são mais sensíveis a eventuais injustiças que ela possibilita. O autor propõe uma mudança de foco no tocante à abordagem daquilo que ele considera uma importante questão de natureza constitucional: ao invés do debate acerca de quando se deve renunciar a democracia em favor de outros valores, deve-se perquirir acerca do que se deve entender contemporaneamente por democracia.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2-3, 11.

⁷⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10, 18, 23. Esclarece Dworkin, que a leitura moral é uma teoria acerca do que a constituição significa, e não de quem deve dizer o que ela significa. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10, 18)

⁷⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

Recorda Dworkin, que a democracia é tida como o governo do povo. Todavia, nunca se estabeleceu uma definição precisa a seu respeito. Ao contrário disso, o termo “democracia” tem sido objeto de infindáveis controvérsias, sendo intensa a discussão a respeito das técnicas de representação, da forma de distribuição do poder entre diferentes esferas, da periodicidade dos pleitos eleitorais e dos arranjos institucionais. Todavia, conforme o autor, subjacente ao debate sobre a sua estrutura, existe “uma profunda disputa filosófica acerca do valor e do objetivo fundamental da democracia”. Dita disputa envolve, necessariamente, a questão consistente em saber se se deve aceitar ou rejeitar aquilo que ele denomina de “premissa majoritária”.⁷⁸¹

Conforme explica Dworkin, a premissa majoritária é uma tese que se preocupa em determinar a justiça ou não do resultado de determinado processo político. De acordo com a referida tese, os processos políticos devem ser protegidos de maneira que, pelo menos naqueles assuntos de maior relevância para a comunidade, a decisão a que se chegue deve ser favorável à maioria dos cidadãos, resultado este que seria obtido mediante informação adequada e tempo suficiente para reflexão. Para o autor estadunidense, tal objetivo é razoável e faz com que inúmeras pessoas, sem refletir o suficiente, o considere como sendo a própria “essência da democracia”. Acredita-se que os complexos arranjos políticos que constituem o processo democrático devem configurar um critério capaz de garantir que as leis que regulamentam o complexo processo democrático, assim como as políticas que este persegue, devem ser aquelas que seriam aprovadas pela maioria dos cidadãos.⁷⁸²

Como explica Dworkin, a premissa majoritária não se opõe à tese de que os indivíduos possuem direitos morais que devem ser respeitados pela maioria: não está amarrada a uma teoria coletivista ou utilitarista segundo a qual esses direitos não têm sentido. Especialmente no contexto americano, a maior parte das pessoas concorda que nem sempre a maioria deve ter a última palavra sobre quando seu próprio poder deve ser limitado com vistas à proteção dos direitos individuais, aceitando que, em algumas hipóteses, a Suprema Corte deve repudiar leis emanadas da maioria. Mas, ainda nessas hipóteses, que seriam excepcionais, essa atenuação do poder da maioria significa algo lamentável do ponto de vista moral. Com efeito,

⁷⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23-24. Salienta Dworkin, que “Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos”. Isso, segundo Dworkin, “poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo”. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 82)

⁷⁸² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

a premissa majoritária supõe que, quando uma maioria política não é livre para fazer o que deseja, ocorre uma injustiça, e essa injustiça remanesce mesmo quando a intervenção da jurisdição se justifica.⁷⁸³

Dworkin rechaça a premissa majoritária e opõe a ela uma concepção de democracia constitucional. Para ele, o fato das decisões coletivas serem sempre ou normalmente aquelas que a maioria dos cidadãos adotaria, se fosse adequadamente informada e mediante suficiente reflexão, não constitui uma meta, tampouco uma definição de democracia. O objetivo da democracia consiste em que, “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.⁷⁸⁴ Significa dizer, que a finalidade das instituições e, por conseguinte, do poder político é a realização dos direitos fundamentais.

Como enfatiza Dworkin, essa alternativa quanto ao objetivo da democracia requer uma estrutura semelhante àquela exigida pela premissa majoritária: “exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares”, isto é, por meio da maioria. Todavia, diz ele, a concepção constitucional da democracia exige tais procedimentos majoritários em virtude da preocupação com a igualdade entre os cidadãos, ou seja, com seus direitos, e não em virtude de metas decorrentes da soberania da maioria. Eis, pois, na perspectiva dworkiniana a justificativa para a intervenção da justiça constitucional: é por essa razão que a concepção constitucional “não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral”.⁷⁸⁵

Como se pode perceber, Dworkin adota uma concepção de democracia constitucional que se aproxima daquela teorizada por Ferrajoli, a qual compreende uma dupla dimensão: a dimensão política ou majoritária; e a dimensão substancial, configurada pelos direitos fundamentais, a cujo serviço deve estar a primeira. Por outras palavras, os direitos fundamentais constituem a essência da democracia e atuam como limites ao poder da maioria. Na verdade, a concepção de democracia constitucional de Dworkin, ao mesmo tempo em que rejeita a premissa majoritária dela não abre mão, apenas exigindo que encontre limites, ainda

⁷⁸³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24-25.

⁷⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

⁷⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

que de forma excepcional, ou seja, o princípio majoritário está compreendido na noção dworkiniana de democracia constitucional. É nesse sentido, sua afirmação segundo a qual, democracia significa governo sujeito a condições. Essas condições democráticas, diz ele, podem ser designadas como estatuto de igualdade para todos os cidadãos,⁷⁸⁶ que nada mais são do que os direitos fundamentais.

Sendo assim, afirma Dworkin, quando instituições majoritárias fornecem e respeitam as condições da democracia, isto é, os direitos fundamentais, as decisões destas instituições deverão ser aceitas por todos os membros da comunidade, exatamente por respeitarem as condições democráticas. Em sentido contrário, isto é, quando as condições não forem respeitadas, ou quando a sua prestação ou o respeito for insuficiente, não pode haver, em nome da democracia, oposição a outros procedimentos que protejam ou respeitem melhor as condições democráticas.⁷⁸⁷ Tem-se aqui configurada a fórmula dworkiniana segundo a qual os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria.⁷⁸⁸

Para Dworkin, pode haver desacordo no sentido de se saber quais são essas condições democráticas e quando uma norma as contraria ou não. No entanto, de acordo com a concepção constitucional da democracia, não se poderia levantar nenhuma objeção ao argumento de que as decisões dos tribunais, em tais circunstâncias, sejam antidemocráticas. Tal alegação não teria sentido, uma vez que dita objeção assentar-se-ia no pressuposto segundo o qual as leis aprovadas pela maioria respeitam as condições democráticas.⁷⁸⁹ Ou seja, conforme anunciado anteriormente, é o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais que justifica o controle da atividade política, isto é, o poder da maioria por parte da jurisdição.

⁷⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

⁷⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26-27. Para Dworkin, as condições democráticas incluem, por exemplo, a exigência de que os cargos públicos devem, em princípio, ser abertos a membros de todas as raças e grupos, em condições de igualdade. Segundo ele, se alguma lei previa que só os membros de determinada raça fossem elegíveis para certo cargo público, haveria desrespeito às condições democráticas, não havendo, em casos tais, nenhum custo moral se o tribunal que gozasse do poder de fazê-lo derrubasse tal lei por considerá-la inconstitucional. Presumivelmente, ainda segundo o autor, essa seria uma ocasião em que a premissa majoritária seria ignorada por está em desacordo com uma concepção de democracia constitucional. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27).

⁷⁸⁸ *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82, 100-102, 106 s. Sobre o assunto, ver também do mesmo autor: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006; *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Somões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.

Salienta Dworkin, que essa discussão tem sido dominada pela ideia segundo a qual “a democracia é melhor quando atende melhor à premissa majoritária”. Significa dizer, que a democracia é melhor “quando é projetada de modo que garanta cada vez mais a produção de decisões coletivas que reflitam as preferências da maioria”. Todavia, adverte o autor, a degeneração da democracia que se tem verificado nos últimos tempos, somente poderá ser sustada quando desenvolvida uma concepção mais sofisticada sobre o próprio significado da democracia.⁷⁹⁰ Dito de outro modo, a própria dimensão majoritária da democracia não dispensa uma dimensão substancial, consubstanciada nos direitos fundamentais, que atuam como forma de preservar a própria democracia majoritária, por meio do mecanismo do controle jurisdicional de constitucionalidade.

5.2.5. O papel da jurisdição no constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli

A quarta teoria que tenta fundamentar a legitimidade da jurisdição para o controle de constitucionalidade é a teoria garantista, de Luigi Ferrajoli. O autor italiano parte de duas transformações operadas na passagem do paradigma do Estado legislativo de direito e do positivismo normativista para o Estado constitucional de direito e o que ele denomina de juspositivismo crítico,⁷⁹¹ surgidos com o constitucionalismo rígido, no segundo pós-guerra. A primeira transformação deu-se em virtude daquilo que constitui os pilares do seu edifício teórico e que significa, ao mesmo tempo, uma teoria do direito e uma teoria da democracia, as quais estão reciprocamente implicadas.⁷⁹²

No plano da teoria do direito, conforme já ressaltado, a mudança deu-se a partir da distinção entre vigência e validade; no âmbito da teoria política, a mudança operada alterou a própria natureza da democracia, a qual não mais se esgota na sua dimensão política, derivada da forma representativa e majoritária no processo de produção do direito, condicionadora da vigência das leis, mas incorpora, também, uma dimensão substancial, imposta pelos princípios constitucionais, vinculadores dos conteúdos das leis, ficando, assim, a validade substancial destas condicionada à garantia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, conforme referido anteriormente, a política deixa de ser onipotente, ocorrendo uma inversão no que se refere a sua relação com o direito: agora, tanto a política

⁷⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.

⁷⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, n. 16, p. 7-20, abr. 2002.

⁷⁹² CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 14. No mesmo sentido IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

quanto seu produto, isto é, a lei, fica subordinada ao direito. O direito, por sua vez, deixa de ser instrumento da política, como acontecia antes, e a política passa a ser instrumento de atuação do direito com vistas à realização dos direitos fundamentais e do projeto ao mesmo tempo jurídico e político, que é a constituição.⁷⁹³ Ocorre aqui, definitivamente, a superação do dogma da onipotência do legislador e a consequente submissão do poder político ao direito.

Com efeito, é significativo o papel atribuído à jurisdição nesse novo paradigma representado pelo Estado constitucional. Não apenas aos tribunais constitucionais, diz Ferrajoli, encarregados do controle de constitucionalidade, senão também aos juízes ordinários. Isso porque, a sujeição de todos os poderes à lei, e especialmente à constituição, transforma o juiz em garantidor dos direitos fundamentais, inclusive em relação ao legislador.⁷⁹⁴ Como anota o autor, a garantia se dá por meio da censura de invalidade de leis e demais atos emanados do poder político que podem violar aqueles direitos, censura essa que é promovida pelos juízes e declarada pelos tribunais constitucionais. Nesse novo paradigma, o juiz não está mais sujeito a toda e qualquer lei, independentemente do seu conteúdo, mas somente a lei válida, isto é, que esteja de acordo com a constituição, porquanto no constitucionalismo garantista, a validade da lei deixa de ser um dogma que leva em conta tão-somente a sua existência formal.⁷⁹⁵

A segunda transformação foi ocasionada pela superação do liberalismo clássico, também relacionada ao sistema político, e decorreu da ampliação das funções próprias do Estado social, caracterizada pelo seu papel de maior intervenção na economia e pelas novas demandas por prestações para garantia dos direitos sociais constitucionalizados. Para Ferrajoli, por não ter elaborado formas institucionais próprias de um Estado social de direito, a expansão massiva das funções do Estado constitucional tem se operado por meio de mera acumulação, forma incompatível com a velha estrutura do Estado liberal, por não haver previsão de garantias efetivas para os novos direitos, nem mecanismos eficazes de controle da atividade política e administrativa. Com efeito, o resultado de tudo isso tem sido uma crise de legalidade na esfera pública, ocasionada, de um lado, pelo aumento incontrolado da discricionariedade dos poderes públicos e, de outro, pelo aumento da ilegalidade dos seus atos, como ocorre mesmo nas democracias mais avançadas, com a elevação do nível de corrupção e de atividades que tentam escapar do controle inclusive da jurisdição.⁷⁹⁶

⁷⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 210.

⁷⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 210.-211.

⁷⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 211.

⁷⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 211.

A ampliação da importância da jurisdição nesse novo paradigma decorre, pois, de dois diferentes fenômenos, que fazem com que ela acabe atuando como uma forma de limite à democracia política: a) seu papel de garantia dos direitos fundamentais em face de leis inválidas e de atos ilícitos por parte do poder político; b) a necessidade de transparência dos poderes públicos inclusive com a prevenção de atos ilícitos. Com efeito, explica Ferrajoli que, em se concebendo a democracia a partir do velho paradigma jacobino, isto é, da onipotência da maioria e, em consequência, dos poderes político-representativos, o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional não é democrático, e sim legal. Não obstante, reconhecendo-se à democracia uma dimensão também substancial, relativa já não apenas ao como e ao *quem* decidir, mas também sobre o *que* não se pode decidir ou não decidir, a jurisdição, no Estado constitucional, adquire um novo fundamento que, entretanto, não é antitético, mas complementar ao de democracia política ou majoritária.⁷⁹⁷

Esclarece, ainda, o autor, que essa esfera do *não decidível*, isto é, daquilo sobre o que ao poder político não é lícito decidir ou deixar decidir, nada mais é do que aquilo que nas constituições democráticas tem-se convencionado subtrair à vontade da maioria. E o que as constituições têm estabelecido como limites e vínculos à maioria como precondições e mesmo como razão para a existência do pacto de convivência são essencialmente duas coisas: a) a tutela dos direitos fundamentais; b) e a submissão ou a sujeição de todos os poderes à lei. Acrescenta, pois Ferrajoli, que os direitos fundamentais jamais podem ser sacrificados seja por vontade da maioria, seja em nome do interesse geral, do bem comum ou do interesse público.⁷⁹⁸

Em suma, conclui o jurista italiano que, em dois valores, ambos expressão do princípio da igualdade, reside *el carácter democrático de la jurisdicción* como garantia, a saber: a) os direitos fundamentais de todos; b) e o exercício legal dos poderes públicos.⁷⁹⁹ Vê-se, pois, que para Ferrajoli, assim como para Dworkin, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional se funda no caráter contramajoritário dos direitos fundamentais. É certo, porém, que o segundo autor faz questão de ressaltar a garantia do exercício legal dos poderes públicos como um segundo elemento legitimador da jurisdição, o que é importante para estabelecer a própria concepção de jurisdição na perspectiva garantista, já anunciada no capítulo primeiro.

⁷⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 211-212.

⁷⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 212.

⁷⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

Outro dado que merece ser ressaltado consiste em que, o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional, em ambos os autores, decorre de uma mudança na própria natureza da democracia: é o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais que qualifica a democracia como sendo constitucional, não em contraposição ou antitética, mas guardando relação de complementaridade com a concepção de democracia majoritária. Como anota Ferrajoli, o caráter democrático da legitimidade da jurisdição, que ultrapassa a noção de uma legitimidade meramente legal, porém, não excludente, resulta de uma dimensão da democracia diferente daquela de natureza formal ou política que se expressa na regra da maioria.⁸⁰⁰

Trata-se, diz o autor, de uma dimensão substancial da democracia que guarda relação não com as formas representadas pelo *quem e pelo como* das decisões políticas, oriundas do princípio da maioria, mas com a sua substância, isto é, o *que* das decisões mesmas, ou seja, seu conteúdo ou significado.⁸⁰¹ Cabe notar, que o caráter não excludente das duas dimensões da democracia presentes tanto no pensamento de Dworkin quanto em Ferrajoli é bastante significativo. Veja-se que o segundo autor não apenas se preocupa em preservar, senão que ressalta a importância da esfera de *decidibilidade* própria da democracia majoritária, o que significa valorizar a esfera reservada à política, que, por certo, no nosso entendimento, é indispensável para a busca de efetivação dos direitos sociais.

Por fim, destacam-se, ainda, duas consequências reafirmadas por Ferrajoli, advindas das transformações de ordem jurídica e política que conduziram a uma mudança de paradigma consistente na alteração da própria natureza da democracia, e que, por sua vez, conduziu a uma mudança também nas fontes de legitimação da jurisdição. A primeira está ligada ao duplo papel a ela reservado: a) a garantia dos direitos fundamentais; b) controle da legalidade dos poderes públicos. No que se refere ao liberalismo clássico e seu correspondente epistemológico, o positivismo jurídico, isso significou uma reformulação do fundamento da divisão de poderes e da independência dos juizes. A segunda, relacionada ao aumento da importância da jurisdição no quadro dos poderes públicos, significa um fortalecimento do garantismo enquanto fonte de legitimação e condição de credibilidade do poder judiciário.⁸⁰²

Conclui-se, assim, que, na perspectiva do constitucionalismo garantista e a partir de uma dimensão substancial da democracia, contemplada no seu interior, são dois os elementos que justificam democraticamente a intervenção da jurisdição constitucional: a) o papel de

⁸⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

⁸⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

⁸⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

garantia destinado a assegurar o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais; b) e a sujeição do poder político ao direito. Como se pode inferir, um elemento é consequência do outro, posto que, no Estado constitucional, o exercício do poder político tem por finalidade precípua a realização dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, a política deve estar a serviço da realização dos direitos fundamentais e, de modo especial, dos direitos sociais.

Como explica Ferrajoli, na sujeição do juiz à constituição e no seu consequente papel de garantidor dos direitos fundamentais nela consagrados, está o fundamento de legitimidade da função jurisdicional, assim como da sua independência em relação aos demais poderes, que têm como fundamento de legitimidade o sufrágio, ou seja, o fato de serem representantes da maioria. Como afirma nosso autor, precisamente porque os direitos fundamentais, previstos na constituição, constituem o conteúdo substancial da democracia, sendo garantidos a todos de forma incondicional, inclusive contra a vontade da maioria, ditos direitos, diferentemente do que ocorria no positivismo normativista, em que o juiz estava sujeito à lei qualquer que fosse o seu conteúdo, desempenham o papel de fonte de legitimação da jurisdição.⁸⁰³

Como visto, Ferrajoli reforça seu argumento em defesa do caráter democrático da jurisdição na universalidade dos direitos fundamentais e na independência que garante a imparcialidade do juiz: porque os direitos fundamentais são de todos e de cada um, sua garantia exige um juiz imparcial e independente, subtraído de qualquer vínculo com os poderes majoritários. Somente assim a jurisdição será capaz de sancionar as violações de direitos perpetradas pelos demais poderes, em virtude de atos inválidos, ou de atos ilícitos.⁸⁰⁴

Daí, segundo Ferrajoli, o sentido da frase: há sempre um juiz em Berlin. Significa dizer que deve haver sempre um juiz imparcial e independente que seja capaz de intervir para tutelar os direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria ou mesmo da totalidade da população. Sendo assim, diz ele, a legitimidade da jurisdição não advém da representação política, ou seja, não deriva da vontade da maioria, da qual a lei é expressão, mas provém única e exclusivamente da intangibilidade dos direitos fundamentais. Ainda assim, trata-se de uma legitimidade democrática, na medida em que esses direitos, conforme foi dito, constituem o conteúdo substancial da democracia.⁸⁰⁵

Nas quatro teorias analisadas, o que confere legitimidade democrática à jurisdição para o controle de constitucionalidade das leis é o caráter contramajoritário dos direitos

⁸⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 26-27.

⁸⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 27.

⁸⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 27; *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 214.

fundamentais, que atribui à jurisdição essa mesma característica.⁸⁰⁶ Todavia, tal elemento, isto é, o fato dos direitos fundamentais serem oponíveis ao poder da maioria, não é suficiente para outorgar legitimidade plena à jurisdição para o controle dos atos do poder público em defesa dos direitos sociais, sendo necessário agregar a ele um novo elemento.

Nessa busca, porém, as três primeiras teorias analisadas não oferecem resposta satisfatória: a teoria do reforço à representação não inclui entre as suas preocupações a questão atinente aos direitos sociais; a teoria procedimental discursiva ou deliberativa, especialmente na vertente habermasiana, muito embora permita incluir os direitos sociais entre as condições necessárias à deliberação, a participação limita-se a influenciar a formação da opinião e da vontade; a leitura moral contempla somente os direitos individuais, próprios da tradição liberal.

Resta, assim, a teoria garantista a qual, não apenas se revela totalmente comprometida com a tutela dos direitos sociais, senão que, também, contempla uma dimensão participativa da democracia, elemento que, conforme entendimento esboçado anteriormente, potencializa a efetividade daqueles direitos. É, portanto, com base na teoria de Ferrajoli, como indicado na introdução, que se identificará o elemento que, ao lado do argumento contramajoritário, confere plena legitimidade à jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais. É o que se demonstrará adiante, não sem antes analisar as relações entre judicialização da política, ativismo judicial, separação de poderes e democracia, temas que estão diretamente ligados a toda essa problemática.

5.3. Judicialização da política e ativismo judicial, separação de poderes e democracia

Em matéria de concretização de direito sociais, dois assuntos estão na ordem do dia: a judicialização da política e o ativismo judicial. O conceito de judicialização da política foi introduzido no âmbito das ciências sociais e da ciência jurídica através da obra *The global expansion of power: the judicialization of politics*, de autoria dos americanos Tate C. Neal e Torbjorn Vallinder. De acordo com os dois autores, judicialização da política e politização da justiça são conceitos correlatos, ambos identificados com o resultado da expansão do poder

⁸⁰⁶ Como explica Ferrajoli, as duas fontes de legitimação da jurisdição, provenientes das transformações no sistema jurídico e no sistema político, transformações estas operadas pela emergência do constitucionalismo rígido, a saber: a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e o controle da legalidade dos poderes públicos, acrescentam outros dois fundamentos ao princípio da independência do poder judiciário e os poderes da maioria: precisamente porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, son derechos “contra la mayoría”, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser poder virtualmente “contra la mayoría”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 214)

judiciário nos processos de tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas. Nesse sentido, judicializar a política significa valer-se de mecanismos próprios de decisões judiciais para a resolução de conflitos na seara política.⁸⁰⁷

Com efeito, seriam duas as espécies de judicialização: a *from without* e a *from within*. A primeira decorre da ampliação do espaço de atuação da jurisdição, por meio da revisão judicial tanto das ações do legislativo quanto do executivo, tendo como fundamento a constitucionalização dos direitos e os mecanismos de freios e contrapesos, ou seja, seria a resposta do poder judiciário ao pedido de um terceiro, tendo por objetivo revisar uma decisão emanada do poder político, contrária a constituição.⁸⁰⁸ Afirmar-se que, ao realizar a revisão de uma decisão política, o judiciário ampliaria seu poder frente aos demais.⁸⁰⁹

A segunda espécie desenvolver-se-ia por meio da introdução de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do legislativo e do executivo, do que são exemplos as comissões parlamentares de inquérito.⁸¹⁰ A *from without*, ou seja, a intervenção fundada no controle de constitucionalidade seria a forma de judicialização mais difundida, porque mais passível de generalização.⁸¹¹ Além disso, como esclarecem Maciel e Koerner, na visão de Tate e Vallinder, a judicialização da política exige dos operadores jurídicos a participação no *policy-making*, ou seja, na formulação de políticas, em vez de deixá-la a cargo de políticos e administradores. No dizer de Ribas Vieira, aqui reside a conexão entre judicialização da política e ativismo judicial.⁸¹²

Conforme lembra Carvalho, Tate procurou descobrir nas condições políticas que fizeram surgir o fenômeno da judicialização da política os motivos a ele subjacentes. Tais

⁸⁰⁷ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002.

⁸⁰⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002. p. 114; CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov.2004. p. 121.

⁸⁰⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. p. 121. Essa é uma assertiva equivocada. Conforme se verá na sequência, a ampliação do poder judiciário é prévia a qualquer decisão acerca de outra decisão de natureza política: a decisão do juiz sobre questões políticas pressupõe que tenha recebido poder para tanto que, no âmbito do constitucionalismo, lhe é outorgado pela constituição.

⁸¹⁰ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002. p. 114; CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. p. 121.

⁸¹¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. p. 121.

⁸¹² RIBAS VIEIRA, José (coord.). O supremo Tribunal Federal em tempo de mudança: parâmetros explicativos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182.

condições seriam: a) a vigência de um regime político democrático; b) a separação de poderes; c) o reconhecimento de direitos políticos; d) o acesso aos tribunais pelos grupos de interesse; e) a utilização dos tribunais pela oposição; f) e a inefetividade das instituições representativas. Como se pode notar, dentre as condições para o surgimento da judicialização da política figuram exatamente o princípio da separação de poderes e o regime democrático. Significa dizer, que a separação de poderes e a democracia fazem parte do mesmo desenho institucional.

Além disso, na sua análise empreendida sobre o surgimento da judicialização da política no Brasil, Carvalho põe de relevo o fato do princípio da separação de poderes está contemplado na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece competências exclusivas aos três poderes, além de primar pela equipotência entre eles.⁸¹³ Ou seja, a Constituição consagrou um sistema de freios e contrapesos. Com efeito, a partir do que foi dito até aqui, já é possível vislumbrar uma contradição: a intervenção decorrente da ampliação do espaço de atuação da jurisdição por meio da revisão judicial tanto das ações do legislativo quanto do executivo, tendo como fundamento a constitucionalização dos direitos e os mecanismos de freios e contrapesos, e o ativismo judicial, que implica a intervenção do judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, são antitéticos entre si.

Por outro lado, ao analisar o significado da expressão “judicialização da política”, Maciel e Koerner concluem por uma polissemia: trata-se de termo “pouco preciso, mas de rápida circulação pública”.⁸¹⁴ Afirmam, no entanto, que, num sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação de poderes, que conduziu a uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais no âmbito da política.⁸¹⁵ De fato, ainda que se possa inferir claramente da definição oriunda dos autores americanos, que o surgimento da judicialização da política teve como uma das suas condições exatamente a separação de poderes, conforme salientado acima, o que se denota na literatura brasileira sobre o tema é sempre a preocupação com a negação de tal princípio, tanto ao referir à judicialização, quanto ao ativismo judicial, de forma explícita ou implícita.

⁸¹³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. p. 118-120. Ver também RIBAS VIEIRA, José (coord.). O supremo Tribunal Federal em tempo de mudança: parâmetros explicativos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182.

⁸¹⁴ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002. p. 131.

⁸¹⁵ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002. p. 117.

Nesse sentido, afirma Ribas Vieira que, contemporaneamente, concorrem duas formas correlatas de protagonismo do poder judiciário: a judicialização da política e o ativismo judicial. Segundo ele, ambas as formas de protagonismo se diferenciam pelo fato de que a primeira envolve o poder judiciário na sua totalidade e é de cunho procedimental, enquanto a segunda refere-se aos atores desse mesmo poder, ou seja, aos juízes; as duas têm em comum o fato de serem derivadas de uma “ruptura com o sistema estanque de tripartição de poderes” e de representarem “o início de um novo modelo institucional”.⁸¹⁶

Acrescenta o autor que, na vigência da Constituição brasileira de 1988, após intensa discussão a respeito dos limites na atuação do Poder Judiciário, “a atividade de interpretação da norma concedeu aos magistrados um poder que resvala na possibilidade de modificação axiológica de determinado instituto e de ação eminentemente política”, ocorrendo, assim, uma mudança de concepção que rompeu com a noção de judiciário negativo e abriu caminhos para a afirmação de um judiciário mais atuante. Tal mudança, diz ele, teve por base não apenas “o rompimento da divisão de poderes ora estabelecida por Montesquieu”, mas também certa modalidade de ativismo a que se vincula o magistrado.⁸¹⁷

Por seu turno, André Trindade afirma que, atualmente, uma vez consolidado o Estado constitucional de direito, a jurisdição constitucional acabou ganhando um papel de destaque, atribuindo-se ao Judiciário o *status* de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático, o que resultou na “necessidade de uma revisão da clássica teoria da separação de poderes”. Segundo ele, tudo isso levou a que se verificasse uma expansão da atividade dos tribunais, fazendo emergir o fenômeno da judicialização da política, e com ele “a transferência dos processos decisórios dos poderes executivo e legislativo para o judiciário”.⁸¹⁸

⁸¹⁶ RIBAS VIEIRA, José (coord.). O supremo Tribunal Federal em tempo de mudança: parâmetros explicativos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 181. Na verdade, não são a judicialização da política e o ativismo judicial que representam “o início de um novo modelo institucional”, mas o fenômeno das constituições rígidas, iniciado com o constitucionalismo americano e generalizado no segundo pós-guerra, conforme ficou assentado anteriormente e será explicado no tópico seguinte.

⁸¹⁷ RIBAS VIEIRA, José (coord.). O supremo Tribunal Federal em tempo de mudança: parâmetros explicativos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 182-183. A construção merece reparos: seria mais adequado dizer que a Constituição outorgou poderes ao magistrado para interpretar a lei; porém, seria equivocado afirmar que a Constituição outorgou poderes aos juízes para atuarem politicamente.

⁸¹⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 108. Conforme se verá adiante, com espreque em Ferrajoli, no constitucionalismo contemporâneo não ocorreu a aludida transferência dos processos decisórios do legislativo e do executivo para o judiciário. Convém esclarecer, todavia, que André Trindade considera que dita transferência colocaria em risco a legitimidade da jurisdição. (TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios

No âmbito do propalado neoconstitucionalismo, afirma-se que o grande protagonista é o poder judiciário, desconsiderando-se a importância do papel desempenhado por outras instituições, como é o caso do poder legislativo.⁸¹⁹ Como anota Daniel Sarmiento, “uma das características do neoconstitucionalismo é a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do legislativo e do executivo para o judiciário”.⁸²⁰ Aqui, diz ele, “a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”.⁸²¹

Outra não é a postura adotada pelo principal representante dessa vertente do constitucionalismo contemporâneo no Brasil, como dito alhures. Para Barroso, judicialização da política significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”. Segundo ele, é intuitivo que judicialização envolve “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.⁸²² Seguindo a mesma linha interventiva, afirma o autor fluminense, que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.⁸²³

Entre as possíveis condições que teriam contribuído para o surgimento da judicialização da política no Brasil, Loiane Prado, com arrimo em Mauro Cappelletti, aponta a ocorrência de uma aproximação entre duas tradições jurídicas distintas: a europeia-continental e anglo-saxônica. Dita aproximação estaria associada ao caráter de direito legislado que passou a ser adotado no segundo contexto e à reformulação da teoria da separação de poderes,

do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 108-109

⁸¹⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.danielsarmiento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/> Acesso em 25/10/2012.

⁸²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.danielsarmiento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/> Acesso em 25/10/2012.

⁸²¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.danielsarmiento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/> Acesso em 25/10/2012.

⁸²² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, J. N. M.; FREGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs). *Constituição e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276.

⁸²³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, J. N. M.; FREGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (orgs). *Constituição e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279.

concebida por Montesquieu, contemplada no primeiro: o sistema da *Civil Law* teria se aproximado do sistema americano de freios e contrapesos, que confere aos juízes o papel de “guardiões dos direitos fundamentais” e não de “simples operadores da lei e da certeza jurídica”. Isso teria conduzido à expansão da jurisdição e atribuído um papel criativo aos juízes.⁸²⁴

Ainda a esse respeito, é interessante a posição externada por Souza Neto. Conforme seu entendimento, ativismo judicial é a “possibilidade do Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais”; significa “atribuir aos juízes a competência para concretizar direitos sociais para além do que está definido em lei”, mediante a aplicação direta de princípios constitucionais.⁸²⁵ Discorrendo sobre as críticas formuladas contra a judicialização dos direitos sociais, especialmente aquelas que se referem à questão da legitimidade democrática da jurisdição, o autor identifica como a mais contundente delas a que denuncia a violação ao princípio da separação de poderes.⁸²⁶

Para ele, todavia, o modelo de separação adotado no Brasil não é aquele teorizado por Montesquieu e postulado pelo liberalismo político, que propugna por uma “atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado”. Segundo o autor, o direito brasileiro adotou o “sistema freios e contrapesos” que envolve uma “complexa trama de implicações recíprocas”, e que “prevê a possibilidade de um poder exercer competência que tipicamente caberia a outro”. Nas suas palavras, dito modelo “tem origem no constitucionalismo americano”.⁸²⁷ Para Souza Neto, a possibilidade da jurisdição “condenar” a administração pública a prover bens e serviços para proteger direitos sociais estaria inserida nessa “rede de implicações recíprocas”.⁸²⁸

⁸²⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 4(2), p. 389-406, jul./dez. 2008. p. 393.

⁸²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 517-518. O autor considera ativismo judicial o caráter não meramente programático das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, ou seja, ativismo judicial seria a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais.

⁸²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 517.

⁸²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-520.

⁸²⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 521. As considerações de Souza Neto merecem alguns reparos. O primeiro refere-se à afirmação segundo a qual o liberalismo político postula uma separação de poderes “estanque”, com base na doutrina de Montesquieu. Em primeiro lugar, se tal ocorreu, foi no âmbito europeu-continental; entre os ingleses e os americanos, onde sempre imperou o liberalismo de matriz lockeana, a técnica adotada foi a dos freios e contrapesos, a que se referiu o autor. Em segundo lugar, Montesquieu nunca

Em outro dos seus escritos, afirma o autor que a separação de poderes, da forma em que foi teorizada por Montesquieu, que afirma a necessidade de que o poder freie o poder, tem como núcleo material a contenção do arbítrio e não “a garantia de competências exclusivas para cada órgão do estado”. Por outro lado, no direito americano, “a separação de poderes se sofisticou através de um sistema de freios e contrapesos o qual implica a interpenetração das funções estatais”. Nesse sistema, diz ele, “a separação de poderes não pode ser entendida como uma divisão estanque das funções típicas de cada um dos ramos da autoridade estatal, mas como uma estrutura de cooperação entre eles”. E conclui: “tal sistema, ao invés de desvirtuar a separação de poderes, a aprimora: se o que se quer com a separação de poderes é a moderação, esta é incrementada através de um sistema que aprofunda as limitações recíprocas”.⁸²⁹

Por sua vez, Gisele Cittadino relaciona a ideia de judicialização da política à expansão do papel da jurisdição, ao ativismo judicial, à criação judicial do direito e ao atendimento de aspirações sociais. Na referência a “atendimento das aspirações sociais”, parece ficar implícita no pensamento da autora a preocupação em vincular toda essa problemática à necessidade de tornar efetivos os direitos sociais, o que somente se viabilizaria mediante a ampliação da participação popular: “a expansão da jurisdição está associada à lógica democrática”. Sendo assim, diz Cittadino, judicialização da política seria “o vínculo estabelecido entre ativismo judicial e democracia”.⁸³⁰

Ainda, segundo a autora, a judicialização da política está associada à decadência do constitucionalismo liberal, concebido para a defesa de um “sistema fechado de garantias da vida privada”. Segundo ela, dito processo só é compatível com uma “filosofia constitucional comprometida com o ideal de igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade”. Nesse sentido, “a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela

teorizou acerca de uma separação de poderes “estanque”, mas postulou um sistema de freios e contrapesos como forma de limitar o poder: para conter os abusos é necessário que “o poder freie o poder”. Num modelo de separação “estanque” não há como limitar o poder. Por outro lado, o sistema de freios e contrapesos não teve origem no constitucionalismo americano: foi herdado da tradição constitucional inglesa e aprofundado pelos americanos por meio da técnica do controle de constitucionalidade. Mais: na teorização sobre dito modelo, Madison partiu exatamente das ideias de Montesquieu que, por sua vez, teria se inspirado na Constituição inglesa. Assiste razão ao autor, quando afirma que a possibilidade do judiciário determinar a realização de serviços públicos visando a proteção de direitos sociais está contemplada na “rede de implicações recíprocas”, ou seja, no sistema de freios e contrapesos. De acordo com esse sistema, é inerente à função jurisdicional controlar a constitucionalidade dos atos emanados do poder político. Todavia, a hipótese do judiciário “elaborar a norma” foi repudiada com veemência por Alexandre Hamilton, ao teorizar sobre o controle de constitucionalidade, conforme ficou demonstrado acima.

⁸²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional da democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-34.

⁸³⁰ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 2/3, p. 135-143, 2001-2002. p. 135-136.

concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político”. Cittadino lembra que a independência institucional do poder judiciário tem como contrapartida a sua passividade, no sentido de que ele somente atua mediante provocação.⁸³¹ Todavia, segundo seu entendimento, “os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas”.⁸³²

Ao ressaltar a importância da participação na busca de realização da igualdade e, portanto, da justiça social, mediante a efetivação dos direitos sociais, junto ao poder judiciário, a referida autora deixa transparecer a preocupação de que a luta democrática visando à consecução desse desiderato, somada à atuação da jurisdição com o mesmo objetivo, devem desenvolver-se nos limites do constitucionalismo, ou seja, compatibilizando constitucionalismo e democracia, ainda que esta inclua, nesse novo contexto, uma dimensão participativa. Para ela, portanto, a participação deve cingir-se aos limites estabelecidos na constituição: “uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de direito e democracia”.⁸³³ De igual modo, ressalta, “parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do poder judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos de cidadania”. Todavia, conclui, “é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático”.⁸³⁴

Salvo melhor juízo, Cittadino pretende inaugurar uma nova concepção de constitucionalismo, caracterizado pela ampliação do elemento democrático e pela ênfase no protagonismo do judiciário, em detrimento não apenas da separação de poderes, senão, também da importância do princípio majoritário. Veja-se que para a autora, o constitucionalismo democrático significou a superação do constitucionalismo liberal. Enquanto o primeiro assentava na ideia de individualismo, garantia dos direitos civis e políticos e nítida separação de poderes, o segundo enfatiza a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Com isso, teria ocorrido uma ampliação do espaço destinado à proteção dos direitos e a redefinição da relação entre os poderes estatais, na qual o judiciário constituiria

⁸³¹ A autora se refere ao princípio da inércia inicial da jurisdição, que vem consagrado no artigo 2º do Código de Processo Civil nos seguintes termos: Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Na verdade, como ficará demonstrada adiante, a inércia inicial da jurisdição não retira a possibilidade do poder judiciário ter um papel ativo no sistema de freios e contrapesos, ou seja, a jurisdição pode ser inerte e independente e, ainda assim, pode ter um papel ativo, o que, por certo, não pode ser confundido com ativismo, ou com a interferência indevida na esfera de atuação dos demais poderes.

⁸³² CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 2/3, p. 135-143, 2001-2002. p. 137.

⁸³³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 2/3, p. 135-143, 2001-2002. p. 143.

⁸³⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 18-19.

um novo espaço público onde, por meio de determinados procedimentos, a comunidade dos intérpretes buscaria dar efetividade aos valores por ela compartilhados.⁸³⁵

Nesse novo contexto, ou seja, nessa nova fase do constitucionalismo, no qual se incluiria a Constituição brasileira de 1988, a efetivação dos direitos passou a constituir tarefa dos círculos de intérpretes da Constituição junto ao poder judiciário.⁸³⁶ Partindo desse pressuposto, a judicialização da política poderia ser entendida como o “processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição”.⁸³⁷ Evidentemente isso implicaria uma significativa redução da importância dos poderes legislativo e executivo no processo de concretização dos direitos sociais.

De fato, Cittadino reconhece que os direitos consagrados nas constituições democráticas do segundo pós-guerra às vezes dependem da intervenção da jurisdição para serem efetivados, exigindo, assim, aquilo que a autora refere como ativismo judicial, que estaria subjacente a um processo de “judicialização da política” que, por sua vez, inclui uma dimensão democrática. No entanto, em suas palavras, dito processo teria tornando problemáticas questões como a separação de poderes e a neutralidade política dos juízes⁸³⁸ e, de forma simultânea, teria inaugurado um “tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas”.⁸³⁹ Dito fenômeno seria o resultado de uma transformação constitucional, que teria como efeito a expansão do espaço de atuação do

⁸³⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 36-39.

⁸³⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 39.

⁸³⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 39. Aqui fica evidenciada a adesão de Cittadino à tese háberleana da sociedade aberta dos intérpretes da constituição. (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002)

⁸³⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 17-18; Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. N. 2/3, p. 135-143, 2001-2002. p. 138, 141.

⁸³⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 2/3, p. 135-143, 2001-2002. p. 138. Essa postura teórica de Cittadino se aproxima daquela adotada por Werneck *et al.* É o que se pode inferir de um dos primeiros e mais importantes escritos no Brasil sobre judicialização da política, no qual fica evidenciada a ênfase no poder judiciário, especialmente no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, e na comunidade dos intérpretes da constituição, em detrimento do princípio da separação de poderes e das instâncias democráticas representativas. (VIANA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999) Essa postura fica ressaltada em outro importante estudo em que o autor e outros distinguem entre representação política e representação funcional e entre cidadania política e cidadania social. (VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002)

judiciário, que não seria contrário, senão que estaria absolutamente de acordo com a democracia.⁸⁴⁰

Por fim, convém acrescentar que, para André Trindade, “ativismo judicial consiste na recusa dos tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela constituição”.⁸⁴¹ Já para Barroso, conforme mencionado acima, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. Trindade questiona a definição barrosiana que, segundo ele, estaria relacionando a ideia de ativismo judicial apenas à “expansão da atividade jurisdicional, e não à criação judicial do direito”.⁸⁴²

Na verdade, o que se infere dessa pequena amostragem, é uma confusão entre a expansão da atividade jurisdicional, que teria permitido as condições para o surgimento da propalada judicialização da política, com ativismo judicial, consistente, de acordo com as posições esboçadas, na suposta “transferência dos processos decisórios dos poderes legislativo e executivo para o poder judiciário”, ou, no “deslocamento de poder da esfera do legislativo e do executivo para judiciário”, ou, ainda, na transferência do debate e decisão de “questões de larga repercussão política e social”, do legislativo e executivo, para o judiciário, maior interferência dos juízes na esfera de atuação dos demais poderes, atribuição de competência aos juízes para a concretização dos direitos sociais etc., além da criação judicial do direito.

Para que tudo isso seja possível, faz-se necessária, também conforme as posturas doutrinárias colacionadas, uma ruptura com o sistema “estanque” de separação de poderes, teorizado por Montesquieu, uma revisão da clássica teoria da separação de poderes, a superação da leitura clássica do princípio da separação de poderes, a reformulação da teoria da separação de poderes concebida por Montesquieu e, enfim, a total superação da separação de poderes, com a redução da importância das instâncias democráticas representativas, como forma, inclusive, de viabilizar “um novo modelo institucional”, ou um “constitucionalismo democrático”.

⁸⁴⁰ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002. p. 124.

⁸⁴¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111. No mesmo sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

⁸⁴² TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116.

Tudo isso suscita uma série de indagações, a saber: a) Montesquieu teorizou sobre um modelo estanque de separação de poderes? b) a possibilidade de judicialização de decisões políticas exigiu uma releitura ou uma ruptura com o postulado clássico da separação de poderes? c) no Estado constitucional ocorreu uma transferência dos processos decisórios do legislativo e do executivo para o judiciário? d) a superação da separação de poderes é condição para a viabilização do princípio democrático participativo, ou para a configuração de um constitucionalismo democrático? A resposta às duas primeiras indagações requer um resgate, ainda que breve, do princípio da separação de poderes e seus vínculos históricos com a atividade jurisdicional. É do que se ocupará a seguir, ficando a respostas às duas últimas questões para o tópico seguinte.

5.4. Expansão da jurisdição e a separação de poderes: de Montesquieu aos federalistas

No livro XI de *O espírito das leis*, Montesquieu desenvolveu a doutrina segundo a qual, todo bom governo deveria reger-se pelo princípio da separação de poderes, os quais compreenderiam o poder legislativo, o executivo e o judiciário.⁸⁴³ Para Gomes Canotilho, tal princípio constituiu um dos pilares do constitucionalismo moderno, constando, inclusive, do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.⁸⁴⁴ Contudo, anota o catedrático de Coimbra que, atualmente, existe uma tendência em considerar que a teoria da separação de poderes acabou por transformar-se num mito por meio do qual o referido autor pretendia uma separação rigorosa entre os três poderes, ou seja, entre o rei e seus ministros, a câmara alta e a câmara baixa, e o corpo de magistrados, cabendo a cada um desses poderes uma função própria, sem que houvesse a interferência de um na esfera da competência do outro.⁸⁴⁵

⁸⁴³ “Em cada Estado existem três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executor das coisas que dependem do direito dos povos e o poder executor das que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado faz as leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as que foram feitas. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, pune os crimes, ou julga os diferendos dos particulares. A este último chamar-se-á o poder de julgar, e ao outro simplesmente o poder executor do Estado”. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 305)

⁸⁴⁴ Artigo. 16º Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.

⁸⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 114. Convém esclarecer, que a afirmação do autor segundo a qual a separação de poderes acabou por tornar-se um mito refere-se à interpretação que pretendeu lhe imputar um caráter de separação absoluta, não sendo sua pretensão conferir importância menor ao referido aforismo político, capaz de permitir, por exemplo, a interferência do judiciário, na esfera de competência dos demais poderes.

Com o passar do tempo, diz Canotilho, restou demonstrado que Montesquieu nunca desenvolveu tal doutrina; ao contrário: a) reconheceu ao executivo a possibilidade de interferir no legislativo por meio do direito de veto; b) reconheceu ao legislativo o direito de exercer vigilância sobre o executivo mediante o controle na execução das leis dele emanadas, podendo, para tanto, exigir prestação de contas por parte dos ministros; c) reconheceu a possibilidade do legislativo interferir no âmbito de competência reservada ao judiciário em casos como o julgamento de nobres e em outros processos políticos. Em vez de separação, pontua o autor, tratava-se de uma combinação de poderes na qual aos juízes cabia o papel de “boca que pronuncia as palavras da lei”, enquanto o poder executivo e o legislativo eram distribuídos entre três potências constituídas pelo rei, pela câmara alta e pela câmara baixa, correspondentes, respectivamente, à realeza, à nobreza e ao povo, isto é, à burguesia. Esclarece Canotilho que, tratava-se, na verdade, de um problema político que consistia em combinar essas três potências, podendo, dessa combinação, deduzir-se qual a classe social e política seria a mais beneficiada.⁸⁴⁶

Apesar da referência a combinação de poderes, é possível inferir das considerações de Canotilho um sistema de freios e contrapesos que, todavia, exclui uma posição ativa da parte do poder judiciário, no sentido da sua interferência no âmbito de atuação dos demais poderes.⁸⁴⁷ A concepção de juiz “boca da lei” fundamenta-se no princípio da legalidade, segundo o qual, no dizer de Montesquieu, “uma constituição pode ser tal que ninguém será forçado a fazer coisas que a lei não obriga, e a não fazer as que a lei permite”.⁸⁴⁸ Dito princípio foi contemplado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸⁴⁹ e, de acordo com Michel Topper, está diretamente ligado à concepção que se tinha de liberdade no século das luzes.⁸⁵⁰

Naquela época, explica o autor, a liberdade política apresentava dois significados diferentes.⁸⁵¹ Em sentido amplo, liberdade significava estar submetido unicamente à lei: se era

⁸⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 114-115.

⁸⁴⁷ A lei é ao mesmo tempo clarividente e cega; os juízes da nação não são outra coisa que não “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor”. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 313)

⁸⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁴⁹ Art. 5º. A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

⁸⁵⁰ TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. 52.

⁸⁵¹ De acordo com Montesquieu, são diversos os significados atribuídos à palavra liberdade: “não há palavra que tenha recebido significados diferentes, e que tenha impressionado os espíritos de tantas maneiras como a palavra

livre porque, na sociedade da época, se conhecia as leis: se conhecia todas as consequências de eventual ação, o que permitia a adequada tomada de decisões. Nesse sentido, a liberdade identifica-se com a noção de previsibilidade ou de segurança jurídica.⁸⁵² De fato, conforme afirmava Montesquieu, os tribunais não deviam ser fixos; já os julgamentos deveriam sê-lo, de modo que não representassem outra coisa que não um texto preciso da lei: “se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente que compromissos foram contraídos”.⁸⁵³

Partindo dessa premissa, a liberdade política *lato sensu* seria destruída, se houvesse, por parte da autoridade executora de lei, algum espaço para apreciação, ainda que reduzido. Se isso fosse admitido, seria impossível prevê a decisão da autoridade a respeito de determinada conduta. Em sentido contrário, a liberdade seria totalmente preservada caso a sentença se resumisse à conclusão de um raciocínio silogístico, que retira do juiz qualquer poder, outorgando-lhe o papel de um autômato. Nessa perspectiva, considera-se que a liberdade política existe ainda que a lei não seja democrática, ou seja considerada injusta.⁸⁵⁴

Foi essa circunstância que levou Montesquieu a distinguir entre forma de poder monárquico e forma de poder despótico. Nas duas espécies, uma só pessoa governa. Contudo, a monarquia governa por meio de leis fixas; no despotismo, o governo dá-se por meio do capricho.⁸⁵⁵ Com efeito, na monarquia, se o juiz se limita a aplicar a lei anterior, o cidadão é livre, porquanto, uma vez submetido a uma decisão judicial, está, ainda que indiretamente, submetendo-se à lei. Já no despotismo, o súdito jamais saberia quais as consequências dos seus atos. Com efeito, se o juiz fizesse outra coisa que não aplicar a lei, pudesse criar ou

liberdade”. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 301)

⁸⁵² TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. 52-53; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p.40.

⁸⁵³ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 307. Lê-se também em Montesquieu que, “A liberdade política num cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem de sua segurança; e para que haja esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa reear outro cidadão”. (MONTESQUIEU Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 305)

⁸⁵⁴ TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. p. 53.

⁸⁵⁵ Para Montesquieu, existem três espécies de governo: republicano, monárquico e despótico. Governo republicano é aquele em que o povo, na sua totalidade, ou apenas parte dele detém o poder soberano. No primeiro caso, tem-se uma democracia; no segundo, uma aristocracia. Governo monárquico, por sua vez, é aquele em que uma só pessoa governa, “mas através de leis fixas e estabelecidas”. Governo despótico, por fim, é aquele em que um só governa, sem lei nem regra, mas através de sua vontade e de seus caprichos. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 135-136) Em termos gerais, afirma-se que a república aristocrática é, por natureza, uma espécie de governo instável, oscilando ora para a democracia, ora para a monarquia. (MORGADO, Miguel. Nota do tradutor. In: MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 141)

recriar normas, no momento de aplicá-las, estar-se-ia sob um regime despótico. Logo, despotismo ou governo por capricho pode ser entendido como a ausência de separação de poderes: é o sistema em que aquele que executa a lei está autorizado também a fazê-la ou refazê-la em determinadas circunstâncias.⁸⁵⁶

Para além da defesa do princípio da legalidade em oposição ao poder despótico e a favor da segurança jurídica, Montesquieu se identificava mais com o pensamento constitucionalista de matriz lockeana, que serviu de inspiração aos revolucionários americanos, e que colocava a ênfase na garantia dos direitos contra o poder absoluto, do que com a vertente democrática, de orientação rousseauiana, que serviu de inspiração aos revolucionários franceses. Nesse sentido, afirma Matteucci que, durante o processo revolucionário francês, já na primeira Assembleia Constituinte, os partidários do antigo regime se inspiravam em Montesquieu para defender os direitos afirmados na história e na tradição; os democratas, por sua vez, enxergavam na soberania popular o único princípio orientado para a legislação.⁸⁵⁷

A esse respeito, é elucidativa a lição de Fioravanti. De acordo com o jurista italiano, a teorização de Montesquieu segue a mesma linha doutrinária de Locke, no sentido de conceber a separação de poderes como técnica de garantia dos direitos fundamentais. Conforme lembra Fioravanti, depois de Locke, o discurso constitucionalista por ele inaugurado foi sendo aperfeiçoado, reconhecendo-se a constituição como o espaço dentro do qual se concebe o equilíbrio entre os poderes e a garantia dos direitos, considerando-se a Constituição inglesa como sendo o modelo ideal de constituição.⁸⁵⁸

Esclarece o autor que, uma das interpretações da Revolução Gloriosa, conduziu ao entendimento segundo o qual, por meio dela, e depois de muitos esforços, a Constituição inglesa havia retornado às suas origens, garantido a estabilização, inclusive em relação ao futuro, da fórmula *King in Parliament*, a qual continha, de um lado, a limitação da monarquia por parte do parlamento e, de outro, a necessidade de um executivo de configuração

⁸⁵⁶ TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. 53. O despotismo não é somente um sistema onde existe um único déspota. O regime no qual se esteja submetido a uma multiplicidade de juízes que fariam outra coisa que não aplicar a lei preexistente, poderia ser considerado um regime despótico. Na França, no período anterior à Revolução, tanto o poder dos tribunais, quanto o poder do parlamento eram considerados despóticos. (TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003. p. 53-54)

⁸⁵⁷ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 246.

⁸⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 95.

monárquica, que jamais poderia ser completamente dominado pelo parlamento, a quem era conferido um poder de veto da lei, exercido dentro da mesma instituição.⁸⁵⁹

Foi assim que, ao longo do século XVIII, difundiu-se a ideia segundo a qual a Constituição inglesa representava o modelo ideal de constituição, porquanto, diferentemente de qualquer outra, era capaz de impedir toda e qualquer tentativa de absolutização do poder, através da conhecida técnica dos *checks and balances*, ou seja, dos freios e contrapesos: de um lado, o parlamento fazia a lei a qual ficava sujeita ao veto por parte do rei; de outro, o rei e o governo detinham o poder executivo, dependendo, porém, do parlamento no que diz respeito aos recursos orçamentários; com isso, o rei não abusaria do seu poder de veto e o parlamento não atuaria de modo a promover a paralisação do governo. Como consequência, ter-se-ia um sistema em que o parlamento legislava e o governo atuava sem que uma das forças políticas se sobrepusesse ou absorvesse a outra.⁸⁶⁰

De acordo com Fioravanti, toda essa construção teórica teria desaparecido se não tivesse contado com muitos dos seus defensores, dentre os quais a figura de maior destaque fora a de Montesquieu. Assim como Locke, as cogitações de Montesquieu apontavam para uma opção entre um poder absoluto ou despótico, de um lado, e um poder moderado do outro.⁸⁶¹ Para ele, tanto a monarquia quanto a democracia pode admitir uma forma despótica de poder: a primeira, esquecendo-se dos seus vínculos históricos com os poderes intermédios, com a nobreza e com os autônomos ordenamentos dos cidadãos, bem como recusando o papel fundamental dos corpos políticos, isto é, do parlamento,⁸⁶² a segunda, levando ao extremo o princípio da igualdade através do qual o povo pretende fazer tudo por si mesmo, ou seja, deliberar no lugar do senado, executar no lugar dos magistrados e desautorizar todo e qualquer juiz.⁸⁶³ Para Montesquieu, isso ocorre quando o poder está concentrado nas mãos de

⁸⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 96.

⁸⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 96-97.

⁸⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 97.

⁸⁶² Os poderes intermédios, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico. O poder intermédio subordinado mais natural é o da nobreza, a qual constitui a essência da monarquia: “sem monarca, não há nobreza; sem nobreza, não há monarca”. O que existe é um governo despótico. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 144, 260)

⁸⁶³ “A corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção dos princípios. O princípio da democracia corrompe-se, não só quando se perde o espírito da igualdade, mas também quando se adquire princípio da igualdade extrema e cada um quer ser igual aos que escolheu para os comandar. Pois então o povo, já não conseguindo suportar sequer o poder que o confiou, tudo quer fazer por si mesmo, deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e despossar os juizes. Nessa altura, deixa de poder haver virtude na república. [...] As democracias se perdem quando o povo desapossa o senado, os magistrados e os juizes das suas respectivas funções. [...] nas democracias o povo parece mais fazer o que quer, mas a liberdade não consiste em poder fazer o que se quer. [...] A democracia tem, pois, dois excessos a evitar: o espírito da desigualdade, que leva à aristocracia, ou ao governo de um só; e o espírito da igualdade extrema, que conduz ao despotismo de um só”. (MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 255-257, 260, 302)

um único sujeito, seja ele monárquico ou popular. Logo, o regime político moderado é aquele dotado de uma constituição capaz de manter diferenciado e numa posição equilibrada esse mesmo poder.⁸⁶⁴

Aqui fica evidenciada a importância da separação de poderes enquanto técnica de limitação do poder político, como forma de garantia dos direitos fundamentais, também na perspectiva montesquieuniana. Para o filósofo francês, “a liberdade política só se encontra nos governos moderados”.⁸⁶⁵ Porém, diz ele, não em qualquer Estado moderado, mas naqueles onde não se verifica abuso de poder. De acordo com Montesquieu, existe no homem uma tendência a abusar do poder, exurgindo daí a necessidade de limites: “é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites”.⁸⁶⁶ A solução oferecida pelo filósofo para coibir tal abuso, foi o mecanismo dos freios e contrapesos: “para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder”.⁸⁶⁷

Com efeito, Montesquieu postulava um legislativo bicameral e um poder executivo de configuração monárquica, dotado de poder de veto, sendo forte o bastante para impedir que o legislativo incida na tentação de absorvê-lo. Como explica Fioravanti, quando o filósofo francês põe em destaque a afirmação segundo a qual “o poder freia o poder”, pretende dizer que todo esse complexo de relações que se estabelecem entre legislativo e executivo tem por finalidade a recíproca limitação do poder e não a coparticipação ou uma simples colaboração entre eles: o legislativo não só pode como deve fiscalizar a correta execução da lei, mas sem imiscuir-se na esfera de competência do executivo; este, por sua vez, detém o poder de veto, todavia, somente no sentido negativo, sem que isso configure verdadeiramente uma participação no processo de produção legislativa.⁸⁶⁸

Destarte, esclarece Fioravanti, que Montesquieu retorna ao ponto já evidenciado por Locke, consistente em que os direitos dos indivíduos, isto é, aqueles direitos os quais eles gozam no interior de uma associação política, por força do direito positivo, só têm existência a partir de um regime político moderado, ou seja, num sistema de freios e contrapesos, a exemplo do que ocorria com a constituição inglesa. Segundo o jurista italiano, este é o verdadeiro sentido da afirmação de Montesquieu segundo a qual a liberdade política só é

⁸⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 97.

⁸⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁶⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 97-98.

possível nos governos moderados.⁸⁶⁹ Isso significa que, tanto em Locke quanto em Montesquieu, existe uma estreita relação entre a tutela dos direitos e a forma moderada de governo.⁸⁷⁰ O entendimento que prevalecia era o de que a excelência da forma de governo moderado, experimentado pelos ingleses, consistia no melhor que os homens poderiam ter inventado para a eficaz tutela dos direitos.⁸⁷¹

Convém acrescentar, com Morgado, que Montesquieu considerava a monarquia o mais moderado dos regimes e o mais adequado aos tempos modernos. Além disso, considera Morgado ser possível enquadrar o governo republicano, tanto democrático quanto aristocrático, entre as formas de governo moderado, ao lado da monarquia, em contraposição ao governo despótico, que não admite moderação.⁸⁷² De fato, para Montesquieu, “a democracia e a aristocracia não são Estados livres pela sua natureza”.⁸⁷³ Significa dizer, que não são Estados moderados por natureza, mas que admitem a moderação como forma de limitação do poder. Veja-se que, para Montesquieu, o princípio do governo democrático é a virtude, a qual consiste na preocupação em atribuir primazia ao interesse público em detrimento do interesse privado.⁸⁷⁴

Daí pode-se deduzir que é sobre a república democrática a afirmação do filósofo: “Quem diria! Até a virtude precisa de limites”.⁸⁷⁵ Ou seja, é possível afirmar que, numa república democrática, pode ter aplicação a máxima montesquieuniana, acima referida, segundo a qual “para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder”. Isso equivale dizer, que, numa democracia, é a separação de poderes, isto é, um sistema de freios e contrapesos, ao lado de outros mecanismos, conforme será explicitado adiante, que viabiliza a limitação do poder popular, compatibilizando, dessa forma, constitucionalismo, enquanto técnica de limitação de limitação de poder com fins de garantia, com democracia.

Não obstante isso, Montesquieu não optou pelo elemento democrático, e sim pela forma de governo monárquico, inspirado na tradição constitucional inglesa, conforme

⁸⁶⁹ MONTESQUIEU Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 98.

⁸⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 99.

⁸⁷² MORGADO, Miguel. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 46-47.

⁸⁷³ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

⁸⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 152-157.

⁸⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 303.

assentado acima, na qual vigorava a fórmula *King in Parliament*, que conduziu à soberania do parlamento e à consequente onipotência do legislativo, cuja crítica, por sua vez, tornou-se o fio condutor do movimento revolucionário americano, conforme demonstrado no segundo capítulo. Acresça-se a isso, o fato de que Montesquieu, para além da sua concepção de juiz “boca da lei”, que submeteu a jurisdição ao princípio da legalidade e, portanto, ao freio do legislador, como forma de oposição ao poder despótico, concebeu o judiciário como um poder nulo.⁸⁷⁶

Significa dizer que, conforme já indicado acima, muito embora Montesquieu, no seu sistema de freios e contrapesos, tenha separado o judiciário do executivo, diferentemente do que se passara em Locke, conforme visto alhures, ao primeiro não abritui um papel ativo, no sentido de, por meio da atuação dos juizes, conter o poder legislativo, ou seja, não conferiu ao judiciário o papel de contrapoder. Com efeito, tinha razão Bobbio, quando aduzia que Montesquieu foi um dos responsáveis pela afirmação do dogma da onipotência do legislador.⁸⁷⁷ Evidentemente que isso não ocorreu propriamente por ter vinculado o juiz à lei, em respeito à separação de poderes, como entendia Bobbio, mas, como predito, por ir além e considerar o judiciário um poder nulo.⁸⁷⁸

De fato, se o juiz se alvorasse à qualidade de legislador, haveria ofensa ao princípio da separação de poderes. No entanto, é de se entender que a afirmação do princípio da legalidade, da forma como fez Montesquieu, não é incompatível com a limitação do poder político, mesmo do legislador, cujas decisões estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. Com efeito, entende-se que o que permite atribuir ao filósofo francês a qualidade de responsável pelo dogma da onipotência do legislador é o fato de ter ele considerado o judiciário um poder nulo, não lhe conferindo competência para atuar como contrapoder em relação ao legislativo. Em uma frase: não teorizou acerca da legalidade da

⁸⁷⁶ Afirmava Montesquieu, que “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas retiradas do corpo do povo, em algumas épocas do ano, da maneira prescrita na lei, para formar um tribunal que dura enquanto a necessidade o solicitar. Deste modo, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, ao não estar associado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem continuamente os juizes diante dos olhos, e receia-se a magistratura, e não os magistrados”. Em outra passagem, escreve o filósofo francês que, “dos três poderes que falamos, o poder de julgar é, de certa forma, um poder nulo”. E, ainda: “os tribunais da lei são inferiores ao legislativo”. (MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 307, 309, 313)

⁸⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 39-40.

⁸⁷⁸ Bobbio entende que Montesquieu é um dos responsáveis por afirmar a onipotência do legislador em virtude deste último exigir que as sentenças não sejam outra coisa que não o texto da lei, não podendo o juiz, ao sentenciar, exercer qualquer fantasia legislativa, o que poderia configurar uma violação ao princípio da separação de poderes. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 40)

própria lei, que conduziu, mais tarde, ao controle de constitucionalidade, especialmente no constitucionalismo americano, como se verá adiante.

Ainda que seja assim, pode-se concluir que não tem sentido falar em separação estanque no que se refere ao sistema de separação de poderes teorizado por Montesquieu. Independentemente da interpretação que se lhe tenha atribuído no continente europeu-continental, definitivamente, seu pensamento, nessa matéria, está situado na tradição constitucional inglesa e representa a retomada das ideias de Locke sobre a separação de poderes como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais. Aliás, para se chegar a essa conclusão, basta invocar a célebre frase do filósofo francês, mais de uma vez aqui mencionada, segundo a qual “para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder”, que, por si só, revela a proposta de um sistema de freios e contrapesos e não de separação absoluta entre os poderes.

Evidentemente que, ao optar pelo modelo britânico e, ademais, subtrair ao judiciário um papel ativo, considerando-o um poder nulo, Montesquieu afirmou o dogma da onipotência do legislador e, por conseguinte, construiu um sistema de freios e contrapesos a meio caminho, ou seja, insuficiente para configurar um sistema de limites ao poder político e um modelo de democracia constitucional e, com isso, um adequado sistema de proteção dos direitos fundamentais. Tal modelo só foi levado a efeito pelos revolucionários americanos, especialmente a partir da teorização de James Madison e Alexandre Hamilton, conforme demonstrado anteriormente.

Sem embargo, consoante assinalado no segundo capítulo, foi exatamente para se opor à onipotência do legislador, decorrente do absolutismo do parlamento, que os revolucionários americanos recuperaram da tradição britânica a técnica dos freios e contrapesos, visando à instituição de um governo moderado e equilibrado, como forma de limitar o poder popular, compatibilizando, assim, constitucionalismo e democracia. Lembre-se que, ao teorizar sobre o assunto, Madison pôs-se primeiramente a esclarecer aquilo que considerava um mal-entendido na interpretação que propugnava por uma separação absoluta entre os poderes. E o fez exatamente a partir de Montesquieu que, segundo ele, ainda que não tenha sido o autor “deste inestimável preceito da ciência política”, teve o mérito de divulgá-lo, recomendá-lo e torná-lo universal.⁸⁷⁹ Aliás, assim como Locke e, especialmente, como Montesquieu, Madison

⁸⁷⁹ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 394. Recorda Madison, que Montesquieu tomou a Constituição inglesa como modelo padrão a qual considerou perfeita pelo fato de garantir a liberdade que, para ele, constituía o bem supremo do cidadão: “a Constituição britânica foi para Montesquieu o que Homero havia sido para os escritores didáticos de poesia épica. Do mesmo modo que estes consideraram a obra do poeta

se revela um pessimista em relação ao poder, ao teorizar sobre a separação de poderes: o poder é, por natureza, usurpador, e precisa ser eficazmente contido, a fim de que permaneça dentro dos limites que lhe foram fixados.⁸⁸⁰

Por outro lado, como já ficou subentendido, se não houve mudança de concepção, é inegável que o princípio da separação de poderes sofreu uma transformação na passagem da teorização levada a cabo por Montesquieu, para aquela realizada em *O federalista*, assim como ocorrera com a formulação daquele em relação a Locke. Com efeito, vale ressaltar, no modelo teorizado pelos federalistas, o poder judiciário continua vinculado ao princípio da legalidade como em Montesquieu. Porém, desfruta, agora, ao mesmo tempo, de um papel ativo no sistema de freios e contrapesos, ou seja, um papel de contrapoder em relação ao legislativo. Conforme demonstrado no segundo capítulo, para Hamilton, a função do juiz é interpretar a lei e, de agora em diante, o fará tanto em relação à lei ordinária, quanto no tocante à constituição, afastando a primeira quando incompatível com a segunda.⁸⁸¹

Em rigor, essa foi a grande mudança que se operou na passagem do sistema de freios e contrapesos teorizado por Montesquieu, para aquele contemplado no constitucionalismo americano: a jurisdição ficou incumbida de promover o controle de constitucionalidade das leis, ou, numa frase: o controle das decisões políticas. Equivale dizer, que o judiciário deixou de ser um poder nulo e, além de ficar submetido ao princípio da legalidade, agora, numa dupla perspectiva, passou, também, a conter o poder legislativo, isto é, a atuar como contrapoder no tocante a este último, numa relação de implicação mútua que não se verificava no modelo preconizado pelo filósofo francês.

Evidentemente que isso só foi possível a partir de um arranjo institucional que, com a finalidade de tutelar os direitos fundamentais dos colonos americanos, contra a onipotência do Parlamento inglês, combinou uma concepção de poder constituinte que conduziu à

imortal como modelo perfeito no qual deveriam basear-se os princípios e normas da arte épica, este grande crítico político parece ter tomado a Constituição da Inglaterra como o padrão, ou, para usar sua própria expressão, como espelho da liberdade política, e ter transmitido, sob a forma de verdades elementares, os diversos princípios característicos daquele sistema”. (HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 394)

⁸⁸⁰ Para Madison, “o poder é, por natureza, usurpador, e precisa ser eficazmente contido”, a fim de que permaneça dentro dos limites que lhe foram fixados. HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 401. Esse pessimismo em relação ao poder também está presente no constitucionalismo de Ferrajoli, conforme ficou demonstrado anteriormente.

⁸⁸¹ Nesse particular, a posição de Hamilton é exatamente a sustentada por Ferrajoli quando sustenta, em contraposição ao governo dos juizes, que, tambien el juicio de constitucionalidad consiste en la aplicación de la ley, y por lo tanto en una actividad cognoscitiva no diferente, en el plano epistemológico, de la que realizan otros órganos jurisdiccionales. (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 97) Tanto em Hamilton, como ficou demonstrado no segundo capítulo, como em Ferrajoli, a atividade jurisdicional tem caráter cognitivo, ou seja, a interpretação é ato de conhecimento e não ato de vontade, de modo que ao juiz não cabe criar direito.

supremacia da constituição, com um sistema de freios e contrapesos capaz de limitar o poder da maioria, por meio da jurisdição, configurando, assim, um modelo de democracia limitada, ou seja, uma democracia constitucional que, nas palavras de Ferrajoli, como visto alhures, caracteriza-se por ser um complexo sistema de limites e vínculos legais, separação e equilíbrio entre os poderes, hierarquia normativa e controles jurisdicionais.⁸⁸²

É, pois, nessa perspectiva, que deve ser entendida a afirmação de Matteucci, segundo a qual o fato do poder judiciário não dispor nem de força nem de vontade, conforme propugnado em *O federalista*, fez com que o papel reservado à jurisdição, no constitucionalismo americano, se identificasse com o modelo de separação de poderes teorizado por Montesquieu. No entanto, diz o autor italiano, a independência do poder judiciário em relação aos demais poderes provém de um novo argumento, qual seja, a rigidez constitucional: se a constituição é rígida, o legislador é limitado e tal limitação só pode ser eficaz mediante a intervenção dos tribunais.⁸⁸³ Como se pode perceber, era essa possibilidade que não estava contemplada na teoria de Montesquieu.

Ainda, de acordo com Matteucci, foi essa nova forma de conceber a função jurisdicional, encarregada, agora, de garantir a rigidez constitucional, que fez exsurgir com o constitucionalismo americano uma nova forma de governo: *la democracia constitucional*.⁸⁸⁴ E numa democracia constitucional, acrescenta-se com Ferrajoli, onde é atribuído à jurisdição o duplo papel de garantia dos direitos fundamentais e da legalidade dos poderes públicos, verifica-se um reforço no fundamento da divisão de poderes e um conseqüente aumento no peso do judiciário em relação aos demais poderes.⁸⁸⁵ Por evidente, esse aumento de peso do judiciário não significou, nem significa uma autorização para intromissões indevidas na esfera de competência dos demais poderes, conforme será demonstrado adiante, e muito menos para justificar decisionismos, conforme dito anteriormente.

De tudo o quanto foi dito até aqui, é possível chegar a duas importantes conclusões. A primeira diz respeito à mudança operada no princípio da separação de poderes: dita mudança nem de longe pode significar que a separação tenha deixado de ser “estanque”, porquanto nunca o foi. Também não pode significar a superação do sistema teorizado por Montesquieu, senão a ampliação, o enriquecimento do seu modelo de freios e contrapesos que, a partir dos federalistas, contemplou a possibilidade de participação ativa do poder judiciário, que teve

⁸⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Garantías. Jueces para la Democracia*, Madrid, p. 39-46, Jul. 2000. p. 41.

⁸⁸³ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215.

⁸⁸⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998. p. 215.

⁸⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 213.

como consequência a expansão do espaço de atuação da jurisdição.⁸⁸⁶ Por outro lado, tal como a ideia de força normativa da constituição, contemporaneamente atribuída a Konrad Hesse, mas que, como se viu com Lenio Streck, já estava presente nos debates entre os colonos ingleses na América, a ideia de judicialização da política nasceu com a concepção de democracia constitucional inaugurada pelo constitucionalismo americano. Não há nada de novo nisso.

Aliás, tal circunstância também não escapou à lente de Lenio Streck. Como anota com precisão o jurista, a decisão do juiz Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, foi uma decisão interventiva, judicializadora da política.⁸⁸⁷ De fato, conforme anunciado acima, no interior do constitucionalismo, judicialização da política só pode ser entendida como o ato de submeter uma decisão política, comissiva ou omissiva, ao poder judiciário, para a averiguação da sua compatibilidade com a constituição. E tal possibilidade já se achava contemplada desde sempre no constitucionalismo americano, que já nasceu sob o signo da hierarquia normativa, isto é, da supremacia constituição, da separação de poderes e do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; numa frase: já nasceu uma democracia constitucional.

Evidentemente que tal fenômeno generalizou-se com a proliferação de constituições rígidas no segundo pós-guerra que, especialmente no continente europeu e em países da América Latina, como foi o caso do Brasil, conduziu à superação do Estado legislativo e deu origem ao Estado constitucional. Acresça-se a isso, o fato das constituições surgidas neste contexto contemplarem um extenso catálogo de direitos fundamentais, incluídos entre eles os direitos sociais, ampliando, assim, o papel do direito e da jurisdição. A esse respeito, alude Ferrajoli que, atualmente, a expansão do papel do direito e da jurisdição pode ser explicada por meio de dois fenômenos ao mesmo tempo convergentes e estruturais: a mudança na estrutura do sistema jurídico, ocorrida na segunda metade do século passado, com o surgimento do Estado constitucional de direito; e a transformação na estrutura do sistema político, ocasionada pelo contemporâneo desenvolvimento do Estado social e sua intervenção tanto na ordem econômica, quanto na ordem social.⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ Como se demonstrará a seguir, essa é a mesma conclusão a que chega Ferrajoli. Para ele, o advento das constituições rígidas ocasionou uma ampliação do espaço de atuação da jurisdição e, nessa medida, significou uma mudança no princípio da separação de poderes com uma correspondente ampliação dos poderes dos juízes, não permitindo, todavia, que estes possam adotar uma atitude invasiva em relação à esfera de competência dos demais poderes.

⁸⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, p. 241-270, 2005. p. 246.

⁸⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 209. Explica o autor, que a transformação na estrutura do sistema jurídico é produto da invenção e da introdução, sobretudo no segundo pós-

Contudo, não se pode, em nome da expansão do papel da jurisdição e da necessidade de tornar efetivos os direitos sociais, postular a superação do princípio da separação de poderes, mesmo porque dito princípio, no caso brasileiro, vem contemplado expressamente na Constituição como cláusula pétrea, protegido, portanto, pela rigidez constitucional.⁸⁸⁹ Mais que isso: a separação de poderes, enquanto mecanismo de freios e contrapesos, é pressuposto insuperável para que seja possível falar em judicialização da política, porquanto dita judicialização visa exatamente manter o poder político dentro dos limites traçados pela constituição. Dito de outra forma, só é possível falar em judicialização da política numa democracia constitucional, assim entendida aquele modelo de organização política em que convergem limites e vínculos legais, separação e equilíbrio entre os poderes, hierarquia normativa e controles jurisdicionais (Ferrajoli).

É preciso frisar: somente com um sistema de freios e contrapesos que inclua a possibilidade de controle jurisdicional das decisões políticas, como forma de garantir a rigidez constitucional, é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia, isto é, configurar uma democracia constitucional. Com efeito, qualquer proposta de superação do princípio da separação de poderes, além de inconstitucional, confronta com a própria ideia de constitucionalismo, ou de Estado constitucional. Nessa perspectiva, afigura de extrema atualidade o contido no artigo 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão, no sentido de que não há constitucionalismo sem separação de poderes, ou seja, sem um sistema de freios e contrapesos, agora acrescido de controles jurisdicionais, porquanto sem essa técnica, a história demonstrou, não há como falar em controle do poder político.⁸⁹⁰

Em resumo, a judicialização da política é inerente a um ordenamento jurídico que contempla a supremacia da constituição, um sistema de freios e contrapesos e o controle jurisdicional de constitucionalidade, ou seja, é inerente a um modelo de democracia

guerra, das constituições rígidas, que incorporam princípios e direitos fundamentais, como limites e vínculos não somente ao poder executivo e judiciário, mas igualmente ao poder legislativo. No modelo tradicional positivista, o Estado de direito consistia essencialmente na primazia da lei, e a democracia, na onipotência da maioria, encarnada, por sua vez, na onipotência do parlamento. O papel do juiz enquanto órgão configurava mera técnica de aplicação da lei qualquer que fosse seu conteúdo. Esse sistema transforma-se radicalmente com o surgimento das constituições rígidas no segundo pós-guerra, como foi o caso da Constituição italiana, da alemã, da espanhola e de grande parte dos países da América Latina. Tudo isso se prestou a completar o paradigma do Estado de direito, ao submeter também o legislador à lei, transformando o Estado de direito em Estado constitucional de direito. Trata-se de uma mudança radical no paradigma do direito moderno: uma espécie de segunda revolução que transforma ao mesmo tempo “la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política e la naturaleza de la democracia”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 209)

⁸⁸⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes.

⁸⁹⁰ Como assinala com propriedade Perfecto Ibáñez, na perspectiva Ferrajoliana, só há democracia constitucional onde é assegurada a separação dos poderes e a garantia dos direitos. (IBÁÑEZ. Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 208)

constitucional. A ideia de judicialização da política sem separação de poderes pode até ser admissível, porém, nunca no interior do constitucionalismo, entendido este como técnica de limitação do poder com fins de garantia. Dito isso, restam duas perguntas a serem respondidas, as quais consistem em saber: se no constitucionalismo contemporâneo a possibilidade de submeter decisões políticas ao controle jurisdicional significou uma transferência dos processos decisórios do legislativo e do executivo para o judiciário; e se a separação de poderes constitui fator de inibição do princípio democrático participativo enquanto mecanismo potencializador de efetivação dos direitos sociais.

5.5. Separação de poderes, aplicação direta da constituição e necessidade de *interpositio legislatori* em Ferrajoli

Ao tentar explicar o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, ocorrido no segundo pós-guerra, a partir do caso italiano, Ricardo Guastini afirma que dito processo significa a transformação operada num dado ordenamento, de modo que este, ao final, *resulte totalmente impregnado por las normas constitucionales*. Segundo ele, por tratar-se de uma noção imprecisa, é necessário relacionar algumas condições diante das quais seria possível afirmar a constitucionalização de um ordenamento jurídico. Uma dessas condições consiste exatamente na aplicação direta das normas constitucionais por parte dos juízes: se na concepção liberal a constituição só estava apta a produzir efeito na vida social depois de concretizada pelo legislador, no constitucionalismo contemporâneo as normas constitucionais podem produzir efeitos diretos e ser aplicadas por qualquer juiz, qualquer que seja o tipo de controvérsia.⁸⁹¹

Assim como ocorreu com outras constituições desse período, do que são exemplos as Constituições italiana e espanhola,⁸⁹² a Constituição brasileira contempla o princípio acima referido no artigo 5º, § 1º, nos seguintes termos: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A questão que se coloca aqui é no sentido de saber se o modelo teórico desenvolvido por Ferrajoli contempla essa possibilidade, ou se o autor optou pelo princípio da *interpositio legislatori*, atribuindo às normas constitucionais a qualidade de meras normas programáticas, subtraindo, assim, aos direitos sociais o caráter de direitos justiciáveis. A resposta a essa pergunta é determinante para a comprovação da

⁸⁹¹ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 49, 55.

⁸⁹² PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 288.

hipótese levantada para a presente pesquisa, indicada na introdução, e a sua compreensão deve partir dos conceitos ferrajolianos de garantias, antinomias e lacunas e, de modo especial, das implicações entre as primeiras e as últimas.⁸⁹³

Recordando com Ferrajoli, garantismo designa o conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes, públicos e privados, políticos e econômicos, no plano interno e internacional, através dos quais se tutelam, mediante a submissão à lei e, em concreto, aos direitos fundamentais nela estabelecidos, tanto as esferas privadas frente aos poderes públicos, quanto às esferas públicas ante aos poderes privados: como paradigma teórico geral, diz Ferrajoli, garantismo implica a sujeição ao direito de todos os poderes e a garantia dos direitos de todos, através de vínculos legais e de controles jurisdicionais capazes de impedir a formação de poderes absolutos, sejam eles públicos ou privados.⁸⁹⁴

Com efeito, para Ferrajoli, garantias significam um sistema de obrigações e proibições.⁸⁹⁵ É toda obrigação correspondente a um direito subjetivo, assim entendido, toda expectativa jurídica positiva, ou negativa: direito de prestação, ou direito de não lesão. Assim, as garantias podem ser, igualmente, positivas e negativas: as primeiras consistem na obrigação de comissão; as segundas, na obrigação de omissão, ou seja, em proibições. São, portanto, garantias positivas as obrigações de prestação; e negativas as proibições de lesão correspondentes a essas particulares expectativas que são os direitos subjetivos. De igual modo, são também garantias as obrigações correspondentes às expectativas de reparação, mediante aplicação de uma sanção, para os atos ilícitos, ou de anulação, para os atos inválidos, decorrentes da violação daqueles mesmos direitos.⁸⁹⁶

Além de positivas e negativas, Ferrajoli classifica as garantias em primárias e secundárias. As garantias primárias consistem nas obrigações e proibições que correspondem aos direitos subjetivos garantidos; as garantias secundárias ou jurisdicionais consistem nas obrigações conferidas aos órgãos judiciais para aplicar a sanção ou declarar a nulidade, conforme sejam constatados, no primeiro caso, os atos ilícitos e, no segundo caso, os atos inválidos, ambos violadores dos direitos subjetivos e de suas correspondentes garantias primárias.⁸⁹⁷

Em suma, as garantias primárias ou substanciais consistem nos deveres de prestação ou de proibição de lesão, concebidos para a tutela dos direitos subjetivos; as garantias

⁸⁹³ Antinomias e lacunas são dois conceitos centrais da teoria do direito no Estado constitucional de direito. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 644.)

⁸⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, p. 39-46, jul. 2000. p. 40.

⁸⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, p. 39-46, jul. 2000. p. 41.

⁸⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, p. 39-46, jul. 2000. p. 40.

⁸⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 38, p. 39-46, jul. 2000. p. 40.

secundárias ou instrumentais, por sua vez, consistem no dever de remediar os atos inválidos ou ilícitos, que se caracterizam pela inobservância das garantias primárias, o que se dá por meio de anulação ou de condenação a uma determinada sanção: *garantía secundaria es la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por los actos ilícitos*.⁸⁹⁸

Além da classificação demonstrada acima, explica Ferrajoli que as garantias dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos são de duas espécies: garantias constitucionais e garantias legislativas. As primeiras, por evidente, são estabelecidas por meio de normas constitucionais e comportam uma subdivisão: a) as garantias constitucionais primárias, consistentes em normas de competência que impõem ao legislador, de um lado, a obrigação de introduzir leis de desenvolvimento ou de garantia das normas constitucionais substantivas e, de outro, a proibição de modificar as normas constitucionais sem a observância de procedimentos mais dificultados; b) as garantias constitucionais secundárias, que consistem nas normas que conferem à jurisdição a obrigação de anular as normas legais constitucionalmente inválidas, ou a constatação da omissão na produção legislativa de garantias primárias e secundárias dos direitos constitucionalmente reconhecidos.⁸⁹⁹

Como explica nosso autor, as garantias constitucionais, por configurarem normas de competência, não coincidem com as garantias primárias e secundárias imediatamente correlativas aos direitos fundamentais. Estas são comumente as garantias legislativas, impostas pelas garantias constitucionais tidas por Ferrajoli como débeis, ou implícitas, as quais consistem na obrigação de uma legislação de atuação, ou seja, as garantias legislativas são inseridas por meio de leis de atuação dos direitos constitucionalmente estabelecidos, e podem também ser primárias e secundárias; as primeiras podem ser negativas, consistentes em proibição aos direitos de liberdades ou positivas, correspondentes aos direitos sociais.⁹⁰⁰

Com efeito, é possível inferir que a concepção ferrajoliana de garantismo e, de modo especial, a distinção, por ele elaborada, entre garantias constitucionais e garantias legislativas, postula um ordenamento jurídico hierarquizado que traz consigo três importantes consequências teóricas: a) a pretensão de superação do dogma positivista da onipotência do legislador; b) a incompletude e a incoerência do ordenamento jurídico;⁹⁰¹ c) e a expansão da

⁸⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 631.

⁸⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 866.

⁹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 866.

⁹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 284; CADEMARTORI. Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma*

atividade jurisdicional. Veja-se que, para Ferrajoli, conforme assinalado, garantismo implica a sujeição de todos os poderes ao direito, através de vínculos legais e de controles jurisdicionais, com vistas a impedir a formação de poderes absolutos. Por outro lado, as garantias constitucionais são normas de competência que impõem ao legislador a obrigação de introduzir leis de atuação, isto é, as garantias dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Isso implica admitir que, num dado momento, é possível que o legislador deixe de introduzir as referidas leis de atuação, ou as produza em desconformidade com a constituição.⁹⁰² De fato, como assinala Ferrajoli, o constitucionalismo garantista, teorizando os desníveis normativos e a conseqüente divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua inevitável conseqüência, o direito ilegítimo: inválido por comissão ou inadimplente por omissão, em virtude da violação do seu dever ser jurídico, o que importa em antinomias provocadas pela indevida existência de normas contrárias à constituição, e lacunas, caracterizadas pela indevida ausência de normas exigidas de forma implícita pelos princípios e direitos fundamentais.⁹⁰³

Como se pode vê, no modelo teórico proposto por Ferrajoli, a atuação do poder político, em relação aos princípios e direitos fundamentais previstos na constituição pode gerar dois tipos diferentes de vícios: antinomias e lacunas.⁹⁰⁴ No dizer do autor, *antinomia es*

abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 105-106; RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 257.

⁹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 26. Não se pode esquecer que, assim como Locke, Montesquieu e outros filósofos, Ferrajoli é um pessimista em relação ao poder. Com efeito, na esteira de Ferrajoli, afirma Prieto Sanchís, que “os direitos fundamentais são a verdadeira razão social do constitucionalismo democrático e, por isso, encarnam outras exigências para que “o poder e sua força, irremediavelmente maus e carentes de qualquer legitimação imanente, apresentem um rosto mais tolerável e menos tenebroso”. (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 307.)

⁹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 857-860, 864; Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 113. De acordo com Ferrajoli, se a divergência entre o “ser” e o “dever ser” externo do direito constitui o traço característico do positivismo jurídico, a divergência entre o seu “ser” e o seu “dever ser” interno, isto é, a sujeição da lei à própria lei constitui o traço característico do constitucionalismo. Como explica o autor, dita sujeição do direito ao direito teve lugar com a incorporação pelas constituições rígidas de princípios ético-políticos como: a forma de representação política, o princípio da separação de poderes, o princípio da igualdade e as diferentes classes de direitos fundamentais, o que conduziu à transformação da fonte de legitimação externa, em fonte de legitimação também jurídica ou interna. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 24-25; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 284)

⁹⁰⁴ Os vícios são um efeito fisiológico, que pode tornar-se um fenômeno patológico da normatividade do direito em relação a ele mesmo e, portanto, da inevitável divergência entre seu *dever ser* e seu *ser* no que diz respeito ao

*el vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste.*⁹⁰⁵ Trata-se de vícios por comissão do legislador no processo de produção legislativa, com a finalidade de introduzir as garantias necessárias à efetivação da constituição: uma antinomia supõe a produção indevida de uma norma por contrariar outra norma de nível superior, ou seja, por contrariar as normas constitucionais substanciais sobre a sua produção.⁹⁰⁶

Por sua vez, *laguna es el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente.*⁹⁰⁷ Com efeito, as lacunas consistem na ausência de garantias primárias, as quais se traduzem em proibições e obrigações que se dirigem ao legislador, e de garantias secundárias, consistentes na ausência de órgãos encarregados de sancionar, isto é, de reparar as violações decorrentes de atos ilícitos em face das garantias primárias.⁹⁰⁸ São vícios por omissão da atividade legislativa e caracterizam-se pela inexistência de uma norma cuja produção decorre de uma obrigação estabelecida em norma superior, do que são exemplos as normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais.⁹⁰⁹

Dos conceitos ferrajolianos de antinomia e lacuna, fica evidenciado que a presença de tais vícios no ordenamento jurídico conduz à inaplicação da própria constituição, retirando desta a sua força normativa: no constitucionalismo rígido, diz Prieto Sanchís, a força normativa da constituição *verse frustrada tanto por acción como por omisión, ya que la existencia de lagunas y antinomias convierte en inaplicables y por tanto en ineficaces a las*

exercício dos poderes de produção normativa. Daí, sua relevância teórica para a análise do paradigma constitucional, onde esses vícios, quando se referem a normas legais, se manifestam através de antinomias e lacunas no mesmo corpo do direito positivo em relação às normas constitucionais sobre sua produção. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 515)

⁹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 646.

⁹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 513; PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 284.

⁹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 646.

⁹⁰⁸ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 257.

⁹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 513; PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 284; RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 264.

proprias normas constitucionales. Ditas normas, que encarnam o “dever ser” constitucional do direito, acabam sendo contrariadas pelo seu “ser” legal ou legislativo.⁹¹⁰

De fato, nas palavras de Ferrajoli, as antinomias e lacunas geram uma obrigação de repará-las dirigida à autoridade competente, que poderá fazê-lo mediante a anulação ou a derrogação da norma inválida, no caso das primeiras, ou a introdução da norma inexistente, no caso das segundas. Enquanto isso não acontece, diz ele, a constituição resta inaplicada tanto pela existência de norma contrária ao seu conteúdo, quanto pela inexistência de norma necessária à sua realização.⁹¹¹ Em outra passagem, reitera o jurista italiano, os vícios de antinomias e lacunas não podem ser eliminados, nem reparados a não ser por meio de uma decisão específica, precisamente em observância da norma inobservada.⁹¹²

Aqui surge uma pergunta no sentido de saber qual é a autoridade competente para remover tais vícios, com relação a qual Ferrajoli não deixa margem de dúvida: as garantias constitucionais primárias são positivas ou negativas, uma vez que consistem na proibição dirigida ao legislador de produzir antinomias e na obrigação de colmatar lacunas. As garantias constitucionais secundárias, por sua vez, são sempre garantias positivas, e consistem na obrigação de anular as normas constitucionalmente inválidas, em virtude de antinomias e, somente em caráter excepcional, na obrigação de assinalar as lacunas, como se verifica no caso das Constituições portuguesa e brasileira, sem jamais poder colmatá-las.⁹¹³ É exatamente neste ponto que se concentram as críticas à teoria de Ferrajoli, especialmente no que diz respeito à necessidade de interposição legislativa e a não aplicabilidade direta das normas constitucionais em matéria de direitos sociais.

Analisando a questão, Adrián Rentería recorda que, em virtude do caráter negativo da decisão, à sentença de inconstitucionalidade de uma lei se segue mediata ou imediatamente a sua ineficácia. Diferentemente se passa quando se trata de atividade positiva da parte do órgão jurisdicional, isto é, no que diz respeito àquilo que não é lícito ao poder político não decidir,

⁹¹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 284-285; COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 165.

⁹¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 285.

⁹¹² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 515; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 285.

⁹¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011, p. 866-867.

ou deixar de decidir, na linguagem ferrajoliana. Aqui, lembra o autor, estar-se no campo dos direitos sociais que, de acordo com a teoria garantista, geram expectativas positivas, que exigem não a ausência de obstáculos, senão a presença de determinadas condições que tornem possível o gozo efetivo de um direito fundamental, como seja o direito à saúde, ao lazer, à educação etc.⁹¹⁴

Para Rentería, na concepção de Ferrajoli, a atividade dos juízes constitucionais se articula em duas diferentes formas: uma negativa, consistente em proteger os direitos fundamentais contra a ação do poder político, por meio da anulação de leis que atentem contra os conteúdos substanciais da constituição; e outra positiva, consistente em colmatar as lacunas provocadas pela ausência de garantias primárias e secundárias, que conduzem à inefetividade dos direitos fundamentais. Dentre essas duas formas de atuação da jurisdição, a positiva é a que apresenta maiores dificuldades tanto de natureza técnico-jurídica, quanto de ordem política.⁹¹⁵

Do ponto de vista técnico-jurídico, a primeira dificuldade diz respeito ao modo como os tribunais poderiam colmatar as lacunas. Rentería visualiza duas alternativas: a) o tribunal poderia recomendar, exortar ou ordenar ao legislador que proceda de forma a produzir as leis que tornem justificáveis os direitos enunciados na constituição; b) o tribunal pode substituir o legislador, atribuindo a seus próprios atos as características de atos legislativos. No tocante à primeira alternativa, estar-se-ia diante de uma situação de atuação política do direito que não seria compatível no constitucionalismo contemporâneo, em que o legislador não pode ser obrigado a legislar.⁹¹⁶

Rentería recorda, ainda, uma tese de Guastini, segundo a qual num regime de constituição rígida, o juiz constitucional pode anular toda lei que seja contrária a um direito social. Porém, nenhum juiz pode anular uma lei inexistente, de modo que, a omissão legislativa carece de toda e qualquer sanção.⁹¹⁷ Para Rentería, Guastini capta o ponto crítico que se acha implícito na proposta teórica de Ferrajoli, consistente em saber como é possível ao juiz constitucional obrigar o legislador a colmatar uma lacuna, produzindo as garantias

⁹¹⁴ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 256-257.

⁹¹⁵ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 258. Na verdade, conforme ficará demonstrado a seguir, em Ferrajoli não existe a possibilidade do judiciário colmatar lacuna.

⁹¹⁶ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 258-259.

⁹¹⁷ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 259.

primárias e secundárias necessárias a tornar um direito justiciável e quais seriam as características de uma medida dessa natureza.⁹¹⁸

O próprio Guastini sugere que Ferrajoli atribui às normas constitucionais consagradoras de direito sociais o caráter de meras normas programáticas, ao afirmar que, uma constituição rígida que contemple normas que consagram direitos sociais produz lacunas, de modo que, existirá tal vício sempre que um direito social, ou seja, um direito cujo conteúdo consiste numa prestação positiva não esteja garantido por leis que estabeleçam de forma também positiva uma obrigação de fazer a cargo de determinado sujeito. Nesse caso, a identificação de uma lacuna conduziria tão-somente a uma proposta, uma recomendação dirigida ao legislador, a fim de colmatá-la.⁹¹⁹

Interessante a esse respeito é a crítica de Prieto Sanchís à postura teórica de Ferrajoli. Segundo ele, no que se refere ao problema das lacunas, o jurista italiano adota uma posição bastante restritiva quanto ao papel atribuído à jurisdição, o que acaba por significar a revitalização do princípio da *interpositio legislatoris*: não obstante as cláusulas materiais da constituição e, de modo especial, os direitos fundamentais sejam dotados de força normativa, obrigam, em princípio, somente ao legislador. Com efeito, para que o juiz ordinário possa solucionar determinado caso à luz da constituição, ou seja, para que esta possa ser aplicada, é indispensável uma legislação de atuação, não sendo possível deduzir de modo direto deveres ou obrigações a partir de direitos fundamentais, pelo fato de que todas as garantias, tanto as primárias quanto as secundária, devem estar previamente estabelecidas pelo legislador.⁹²⁰

Prieto recorda passagem de Ferrajoli, segundo a qual os direitos fundamentais sempre exigem uma legislação de atuação, primária ou secundária, que introduza as correspondentes garantias. Isso ocorre, diz ele, tanto em relação aos direitos sociais, quanto em relação aos direitos individuais, civis e de liberdade, os quais exigem a introdução de proibição de lesão.⁹²¹ Para Prieto, no entanto, os direitos fundamentais, além de obrigação dirigida ao legislador no sentido de introduzir as garantias primárias, resolvendo, assim, o problema das

⁹¹⁸ RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, oct. 2003. p. 259.

⁹¹⁹ GUASTINI, Ricardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. *Isonomía*, n. 22, p. 223-228, abr. 2005. p. 224.

⁹²⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 286.

⁹²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 286; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 13.15.

lacunas, geram também obrigações diretas, ou seja, aquelas garantias primárias indispensáveis à existência do próprio direito.⁹²²

Ainda conforme Sanchís, Ferrajoli parece admitir a possibilidade de aplicação direta da constituição quando tal hipótese estiver contemplada pelo direito positivo, por meio da introdução, no texto constitucional, de cláusula geral nesse sentido, como ocorre com as Constituições da Itália e da Espanha. Ainda assim, diz ele, de acordo com Ferrajoli, essa possibilidade não seria suficiente para afirmar a autoridade da jurisdição no sentido de poder colmatar lacunas decorrentes da inexistência de normas de atuação dos direitos fundamentais., especialmente de direitos sociais⁹²³

Ao analisar a questão da colisão entre os direitos sociais e outros direitos fundamentais em Ferrajoli, Prieto Sanchís põe-se de acordo com o jurista italiano no que se refere à posição desde último quando afirma que geralmente aquilo que é visto como colisão nada mais é do que uma questão relacionada ao custo econômico, assim como de escolha política sobre a distribuição dos recursos públicos. Segundo Sanchís, não se deve confundir dificuldades fáticas com dificuldades jurídicas, ainda que estas últimas possam eventualmente verificar-se. Aduz, porém, Prieto Sanchís, que subjacente às decisões políticas, não existem apenas dificuldades fáticas ou ausência de meios, mas também opções em favor de umas e de outras, já que os direitos sociais podem colidir tanto entre si quanto com relação a outros direitos fundamentais.⁹²⁴

Com efeito, diz ele, manter esse debate apenas na esfera política, significaria renunciar a possibilidade, ainda que mínima, de tutela jurisdicional a posições subjetivas de natureza prestacional. De acordo com Prieto Sanchís, essa parece ser a posição de Ferrajoli, ao afirmar a indispensabilidade da obrigação de ditar uma legislação de desenvolvimento que permita satisfazer seus conteúdos essenciais, cabendo tais opções ao legislador e à administração pública.⁹²⁵ Para Prieto Sanchís, conceber a questão em termos de colisão entre direitos ou

⁹²² PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 288.

⁹²³ PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 288. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 630-632.

⁹²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 304.

⁹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. II. Madrid: Trotta, 2011. p. 72; PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 304-305.

bens constitucionais pressupõe admitir a possibilidade de uma ponderação capaz de colmatar, ainda que parcialmente, as lacunas deixadas pela lei ou por algum tipo de regulamento.

Enfim, segundo seu entendimento, a importância dos direitos sociais não permite que deles possa dispor livremente as maiorias, tampouco fiquem dependentes de acordos entre os particulares, por meio do exercício da liberdade negocial. Isto seria contrário à tese de Ferrajoli segundo a qual os direitos fundamentais devem ficar a salvo do poder político e do poder de mercado.⁹²⁶ Ou seja, para Prieto Sanchís, a tese ferrajoliana segundo a qual não cabe à jurisdição colmatar as lacunas deixadas pelo legislador, especialmente em matéria de direitos sociais, colocaria por terra outra tese do mesmo jurista que sustenta que, no Estado constitucional de direito, todos os poderes, públicos e privados, estão submetidos ao direito.

Ainda mais contundente a esse respeito, é a crítica formulada por Cademartori e Strapazzon. Os autores brasileiros se dedicam a demonstrar a compatibilidade entre “uma atitude ativista da magistratura” como fonte suplementar do direito em face de omissões legislativas, e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Partem do entendimento segundo o qual, para o jurista italiano, “a interposição da tarefa legislativa é indispensável à concretização dos direitos fundamentais”, cabendo ao magistrado apenas, notadamente no que se refere aos direitos sociais, denunciar a existência indevida de lacunas no ordenamento jurídico, exortando, em consequência, ao poder legítimo para colmatá-las.⁹²⁷

Segundo os autores mencionados, com isso Ferrajoli “reivindica a recuperação pelo legislador de sua centralidade como fonte normativa, não sendo mais os juízes os encarregados de colmatar as eventuais lacunas na ausência de concretização de direitos fundamentais sociais”. Lembram que, para Ferrajoli, diante de omissões legislativas, especialmente para o atendimento daqueles direitos, o magistrado tem a obrigação somente de constatar dita omissão, porém, nunca de prover direitos em substituição ao legislador, uma vez que, por força do princípio da separação de poderes, “a garantia jurisdicional não pode avançar até a usurpação da função legislativa”.⁹²⁸

⁹²⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010. p. 305.

⁹²⁷ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-208.

⁹²⁸ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 209-210; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. II. Madrid: Trotta, 2011. p. 223.

Os autores opõem à postura de Ferrajoli a solução contemplada na Constituição brasileira, destinada a suprir a omissão legislativa ou administrativa: o mandado de injunção.⁹²⁹ Segundo eles, dito mecanismo fora concebido exatamente para “remediar por via judicial a ausência de *interpositio legislatorum* ou ação normativa administrativa para efetivar direitos fundamentais”.⁹³⁰ No entender de ambos, o referido instituto, antes de se prestar como mecanismo de mera aplicação da lei, desempenha uma tarefa jurisdicional concretizadora de direitos fundamentais, diante de “total ausência de atividade legislativa”, prestando-se, portanto, a colmatar lacunas na ordem jurídica, sendo, ademais, compatível com os postulados da teoria garantista.⁹³¹ “o instituto do Mandado de Injunção, garantia secundária prevista da Constituição brasileira, é não somente adequada a uma abordagem garantista do ordenamento jurídico do Estado de Direito, mas, mais do que isso, é uma exigência para o correto funcionamento do mesmo”.⁹³²

Nessa toada, acrescentam Cademartori e Strapazzon, que o texto do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, acima transcrito, deve exercer “uma decisiva função hermenêutica no sistema constitucional de garantias”, o que é tido muito pouco em consideração pela doutrina e pela jurisprudência. Segundo eles, dita determinação constitucional deve significar o dever do sistema republicano de aplicar os direitos e garantias fundamentais, e não se dirige unicamente a um dos poderes.⁹³³ Com efeito, acrescentam, “o robusto arranjo de garantias constitucionais” revela que o sistema brasileiro de direitos fundamentais se inclina para “um novo desenho institucional relativamente ao sistema de *checks and balances*, de índole garantista e responsiva”. Para os autores, foi essa transformação na doutrina da separação de poderes que permitiu a instituição do Mandado de Injunção, garantia secundária destinada à

⁹²⁹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 211.

⁹³⁰ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 208-209.

⁹³¹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 208.

⁹³² CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 225.

⁹³³ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 217.

efetivação dos direitos e liberdades constitucionais, sempre que a ausência de norma regulamentadora ameaçar o seu exercício.⁹³⁴

Cademartori e Strapazzon colacionam alguns julgados proferidos em mandado de injunção em que, segundo eles, foi dispensada a *interpositio legislatorum*.⁹³⁵ Dentre tais julgados merece destaque aquele proferido no MI 721-7-DF, no qual, por meio de votação unânime, o plenário do STF reconheceu o direito constitucional à aposentadoria diferenciada, nos termos do artigo 40, § 4º, III da Constituição Federal.⁹³⁶ Chama a atenção no referido julgamento o fato de ter constado do voto do relator que dita decisão não significava que o Judiciário estivesse lançando na ordem jurídica nenhum preceito abstrato, e que o pronunciamento jurisdicional produziria eficácia somente entre as partes, ficando, até mesmo sob condição resolutiva, isto é, perderia eficácia ante a colmatação da lacuna por parte do legislador.⁹³⁷

Os autores recordam que a teoria garantista postula, para além das condições formais de legitimidade das decisões políticas, representadas pelo *quem* e pelo *como* das decisões, também as condições substanciais de legitimidade, consubstanciadas no *que* das mesmas decisões, isto é, sobre o que não se pode decidir, que são os direitos de liberdade, e o que não se pode não decidir, que são os direitos sociais, e que tais condições substanciais constituem a esfera de (in)decidibilidade por parte da maioria. Além disso, lembram que é o próprio Ferrajoli quem reivindica que o Estado de direito, do ponto de vista substancial, caracteriza-se pela funcionalização de todos os poderes a serviço da garantia dos direitos fundamentais, por

⁹³⁴ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 217.

⁹³⁵ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 221-222.

⁹³⁶ Art. 40, § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

⁹³⁷ “Ao agir, o Judiciário não lança na ordem jurídica preceito abstrato [...] O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, o Parlamento. É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional [...] ao cidadão. [...] Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da lei fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. [...] No caso, é possível adotar-se, ante o fato tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social, (no) artigo 57 da lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991” (MI 721-7-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em: 30.08.2007)

meio de limites e deveres estabelecidos na constituição e pelos correlatos poderes conferidos às pessoas para provocar a tutela jurisdicional.⁹³⁸

Sendo assim, consideram falacioso o argumento de Ferrajoli que invoca a separação de poderes como forma de restringir a atuação do poder judiciário em substituição ao legislador nos casos de omissões inconstitucionais, reafirmando que, diante da omissão dos órgãos legislativos no cumprimento dos seus deveres constitucionais, mais que um direito, o poder judiciário tem o dever de atuar com a finalidade de suprir tais omissões. Concluem, enfim, sustentando a “legitimidade constitucional e democrática” do mandado de injunção enquanto garantia secundária mediante a qual a jurisdição pode cumprir esse desiderato, e convidam ao autor italiano a “repensar suas postulações a respeito da absoluta exigência de interposição legislativa na implementação dos direitos sociais”.⁹³⁹

Definitivamente, para a teoria garantista a tarefa de colmatar lacunas por meio da introdução de normas concretizadoras de direitos fundamentais e, de modo especial, de direitos sociais, cabe ao legislador, ou seja, a interposição legislativa no Estado constitucional de direito é tarefa do legislador. No entanto, se tal exigência, em Ferrajoli, significasse a impossibilidade do poder judiciário aplicar diretamente as normas constitucionais para efetivar direitos fundamentais, seu edifício teórico, utilizando as palavras de Carbonell e Ibáñez, não passaria de um castelo de areia.

Lembre-se que para Ferrajoli, a história do direito moderno é marcada por uma longa luta contra o absolutismo, incluindo o arbítrio político e judiciário. Essa luta, diz ele, foi marcada por progressivas e sucessivas limitações do poder através do direito: num primeiro momento, a lei impôs-se como limite ao poder judiciário; mais tarde, por meio das codificações e do Estado legislativo, fundamentado na produção legislativa, viabilizada por meio de assembleias eleitas, e na regra da separação de poderes, como limites ao poder executivo; finalmente, com as constituições rígidas e o advento do Estado constitucional de direito, como limite ao poder legislativo, o qual perdeu a qualidade de poder onipotente e ficou vinculado ao respeito e à atuação das normas constitucionais.⁹⁴⁰

⁹³⁸ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 225-226; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 851, 856-857.

⁹³⁹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 227.

⁹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249.

Na verdade, a posição de Ferrajoli se aproxima em muito daquela defendida por Prieto Sanchís anunciada acima: os direitos fundamentais, além de obrigação dirigida ao legislador no sentido de introduzir as garantias primárias, resolvendo, assim, o problema das lacunas, geram, também, obrigações diretas, ou seja, aquelas garantias primárias indispensáveis à existência do próprio direito. De fato, Ferrajoli se opõe a uma tese kelseniana segundo a qual um direito subjetivo só pode ser assim considerado se existente também a correspondente garantia. Para o professor de Roma, no entanto, um direito subjetivo deve ser considerado existente independentemente da garantia correlata.⁹⁴¹

Ademais, ao fazer tal afirmação, Ferrajoli tem em vista exatamente a necessidade de tutela dos direitos sociais. Nesse sentido, assinala que a confusão entre direitos e garantias conduziria à desqualificação, no plano jurídico, das duas mais importantes conquistas do constitucionalismo do século XX: a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais seriam reduzidas a simples declarações retóricas ou a programas políticos vazios e juridicamente irrelevantes.⁹⁴² Não é por outra razão que Ferrajoli, não obstante reconheça a deficiência no sistema de tutela dos direitos sociais no cotejo com as liberdades clássicas, afirma textualmente que isso não significa que as normas constitucionais consagradoras desses direitos sejam tidas como meras normas programáticas.⁹⁴³

Ferrajoli recorda o recurso ao procedimento de urgência, previsto no artigo 700 do Código de Processl Civil italiano, comumente utilizado para a tutela de direitos sociais não satisfeitos, e acrescenta que, geralmente, a qualificação constitucional dessas expectativas como “direitos” não supõe somente a obrigação constitucional do legislador de preencher as lacunas mediante a introdução de garantias legislativas e de políticas orçamentárias destinadas à sua satisfação, senão também *el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos*.⁹⁴⁴

Fica, assim, evidenciado, que a teoria garantista, inobstante confiar apenas ao legislador a tarefa de colmatar as lacunas existentes no ordenamento jurídico, não exclui a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais. Dita compreensão se deduz, sobretudo, de uma das críticas de Ferrajoli dirigidas ao neoconstitucionalismo, quando afirma que o constitucionalismo garantista

⁹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 59.

⁹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 59.

⁹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 109.

⁹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 109.

reconhece uma normatividade forte às constituições rígidas e, como decorrência, diante dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, “uma vez levada a sério a constituição, não deve haver normas com eles incompatíveis, e deve existir, no sentido de que deve ser encontrado através da interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária, o dever correspondente por parte da esfera pública”.⁹⁴⁵

Note-se que, não obstante acrescentar Ferrajoli, que “trata-se de uma normatividade relacionada, em primeira via, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas”,⁹⁴⁶ parece não remanescer dúvida de que a referência a “interpretação sistemática” postula a possibilidade do judiciário, para além de apontar as lacunas, aplicar algum tipo de sanção destinada a satisfazer os direitos violados, o que, por evidente, pode aplicar-se aos direitos sociais, inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade, nos moldes contemplados no ordenamento brasileiro.

Além disso, esse entendimento encontra amparo na afirmação do nosso autor, constante do mesmo escrito, segundo a qual “os juízes devem interpretar as leis à luz da constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais”. Contudo, acrescenta Ferrajoli, “é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*”, podendo, no máximo, evidenciar as lacunas: “os juízes constitucionais cientificam o parlamento, como previsto no artigo 103, § 2º da Constituição brasileira;⁹⁴⁷ os juízes e os tribunais, determinam, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação”.⁹⁴⁸

Na verdade, em Ferrajoli, como já indicado acima, a necessidade de interposição legislativa e a possibilidade de aplicação direta de normas constitucionais para reparar lesão a direitos fundamentais são coisas distintas. Dito de outra forma, a aplicação direta de uma norma constitucional por parte de um juiz não significa que este esteja colmatando eventual lacuna existente no ordenamento jurídico; a possibilidade dos juízes aplicarem diretamente a constituição não significa, ao mesmo tempo, que eles estejam autorizados a criar direito. E é

⁹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 113.

⁹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 113.

⁹⁴⁷ Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 102-103.

essa a grande preocupação de Ferrajoli: evitar que a jurisdição desempenhe uma atividade para a qual não está devidamente legitimada. Isso fica claro na resposta oferecida pelo professor de Roma às críticas que lhe foram dirigidas por Cademartori e Strapazzon demonstradas acima.

De fato, diz Ferrajoli, no caso brasileiro, “as garantias primárias, consistentes na rigidez absoluta associada aos direitos constitucionalmente estabelecidos, [...] e as garantias secundárias, consistentes no duplo controle de constitucionalidade, no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão” integraram e reforçaram o sistema de garantias constitucionais. Além disso, produziu “no senso jurídico e no senso comum a percepção da obrigação, a cargo da esfera pública, de garantir os direitos constitucionalmente estabelecidos e das consequentes responsabilidades dos poderes públicos”.⁹⁴⁹

Com efeito, Ferrajoli põe-se de acordo com Cademartori e Strapazzon, quando afirmam que os novos institutos previstos na Constituição brasileira alteraram a regra da separação de poderes “em favor do poder judiciário”. Todavia, para o jurista italiano, a questão que se levanta é no sentido de saber se essa alteração vai além da expansão do papel da jurisdição enquanto órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade das leis, ou se inclui uma mudança no sistema da *civil law*, através da qual a jurisdição, além da função de aplicar, passa, também, a deter a função de produzir o direito, tornando-se “um poder normativo suplente em relação à inércia do poder legislativo”.⁹⁵⁰

A essa questão Ferrajoli responde afirmando que, não obstante a expansão da sua atividade com o advento do constitucionalismo rígido, a função jurisdicional propriamente dita não sofreu qualquer alteração. Nesse sentido, o papel da jurisdição é de “constatação das violações constitucionais”.⁹⁵¹ Seu papel foi apenas reforçado em virtude da garantia primária da rigidez absoluta determinada pelos direitos fundamentais e pelas garantias secundárias do “duplo controle de constitucionalidade”. Por conseguinte, também não se alterou em virtude da garantia secundária do controle de constitucionalidade por omissão, nem do mandado de injunção.⁹⁵²

⁹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 2012. 236-237.

⁹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237.

⁹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237.

⁹⁵² FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate*

No caso da inconstitucionalidade por omissão, acrescenta ele, o órgão jurisdicional limita-se a constatar a existência de lacuna e a recomendar a adoção de providências no prazo de trinta dias. De igual modo, o mandado de injunção não tem como efeito a inovação do ordenamento jurídico, isto é, não se verifica, por meio dele, a produção de uma regra geral e abstrata, senão a “constatação e a reparação, somente no caso concreto submetido a juízo, de uma violação do direito constitucionalmente estabelecido”.⁹⁵³

Aqui, Ferrajoli faz questão de ressaltar que, na decisão proferida do MI 721-7-DF, colacionada por Cademartori e Strapazzon, ficou assentado que “o pronunciamento faz lei entre as partes, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna por parte do poder legislativo”, configurando, pois, a função jurisdicional, como uma atividade de mera conservação e aplicação de direito preexistente.⁹⁵⁴ De fato, além da eficácia *inter partes* da decisão, pronunciada pelo próprio relator, também ele, conforme ficou demonstrado acima, fez questão de acentuar que, ao agir daquela forma, o Judiciário não estava lançando na ordem jurídica nenhum “preceito abstrato”. Ou seja, estava aplicando diretamente a Constituição, mas não promovendo a *interpositio legislatorum*.

Enfim, conclui Ferrajoli, que a expansão da atividade jurisdicional, provocada por um importante aparato garantista como aquele previsto na Constituição brasileira, “impõe uma defesa ainda mais forte das garantias jurisdicionais tradicionais, como limites ao poder judiciário, e do modelo normativo de tal poder como negativo, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível”, exigindo, dessa forma, “uma responsabilidade ainda mais consistente da cultura jurídica na elaboração de uma correspondente epistemologia do juízo”.⁹⁵⁵ Nesse sentido, assinala o autor, que “o papel de uma abordagem garantista consiste

com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237. De fato, conforme ficou demonstrado no tópico anterior, a introdução do controle de constitucionalidade, já no sistema americano, significou uma mudança no princípio da separação de poderes, em comparação com o modelo de Montesquieu, em cujo sistema de freios e contrapesos concebia o judiciário como um poder nulo. A jurisdição enquanto atividade teve seu papel ampliado, mas não com a finalidade de criar direito, senão que fora concebida em *O federealista* como atividade cognitiva e não volitiva, exatamente como postula Ferrajoli, sendo exatamente essa a compreensão que se teve ter em relação ao constitucionalismo brasileiro.

⁹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237.

⁹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237.

⁹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237. Acrescenta Ferrajoli que: “do modelo adotado pela Constituição brasileira, resulta um Estado constitucional de direito enormemente potencializado em virtude das garantias primárias que impõem limites e vínculos ao legislador para a tutela dos direitos constitucionalmente consagrados, e pelas garantias secundárias conferidas à jurisdição e previstas para os casos de violações das garantias primárias”. (FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de

em promover técnicas normativas e garantias jurisdicionais em condições de limitar o arbítrio judicial e de impedir que os juízes criem direito”.⁹⁵⁶

Em suma, o que se denota de tudo isso é a tentativa de Ferrajoli de construir um modelo teórico que seja capaz, ao mesmo tempo, de impor limites jurídicos à atividade legiferante e manter a jurisdição vinculada ao princípio da legalidade. Daí a afirmação do autor segundo a qual, no modelo normativo por ele teorizado, “o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias [...] não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes”: o preenchimento das lacunas é atribuído ao legislador e, portanto, à política; a resolução das antinomias é confiada à jurisdição constitucional.⁹⁵⁷

Com efeito, Ferrajoli constrói um sofisticado sistema que tem como pressuposto insuperável a concepção da jurisdição como atividade destinada à constatação de violações de direitos e não à criação de direito. No ato de aplicação do direito, uma vez constatada a violação, cabe ao juiz, na sequência, adotar a providência correspondente.⁹⁵⁸ Em Ferrajoli, à luz do que foi dito acima, as providências a serem adotadas pelos juízes consistem: na anulação de atos inválidos ou na condenação por atos ilícitos, conforme seja a espécie de violação: *la función judicial es una función de contenido típico e vinculado; [...] consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anulación de los actos inválidos o de la condena por actos ilícitos [...] a cuya constatación se orienta su ejercicio.*⁹⁵⁹ Para além dessas duas, uma terceira providência é possível à jurisdição: a recomendação ao legislador, em caso de lacuna.

Sendo assim, tomando-se por base o sistema de garantias secundárias contemplado na Constituição brasileira, ter-se-á, a partir de Ferrajoli, o seguinte esquema: a) diante de antinomia provocada pela introdução indevida de lei contrária à constituição, uma vez constatado tal vício, dita lei será anulada por meio do controle concentrado de

direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 237-238)

⁹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249.

⁹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 102.

⁹⁵⁸ De acordo com Ferrajoli, ato de jurisdição *es el acto preceptivo que, en el ejercicio de la función judicial, cuando constata la inobservancia de una norma primaria, pronuncia la anulación o la condena aplicando las normas violadas como normas sustantivas sobre su producción*. Para ele, a função jurisdicional consiste na garantia secundária de anulabilidade de atos inválidos e de responsabilização por atos ilícitos; é a obrigação conferida aos juízes de anular os atos inválidos e condenar os atos ilícitos. Ou, ainda, *un poder que incluye la obligación de anular los actos inválidos y de condenar por los actos ilícitos*. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 771, 831-832)

⁹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 771.

constitucionalidade, ou inaplicada pelos juízes no exercício do controle difuso; b) na ação de inconstitucionalidade por omissão, uma vez constatada a violação decorrente de lacuna, o tribunal recomenda ao legislador que adote a providência necessária para o seu preenchimento, não podendo fazê-lo; c) no mandado de injunção, além de constatar a lacuna, assegura-se o gozo do direito consagrado na constituição; d) nos juízes ordinários, por meio do controle difuso, nas palavras de Ferrajoli, determina-se alguma forma de reparação, isto é, a forma de reparação que o caso concreto requer.

Como se infere do esquema acima sugerido, ainda que o judiciário não possa obrigar o legislador a legislar, isto é, a colmatar lacunas, e ainda que não possa ele, próprio, subrogar-se no lugar do legislativo na tarefa de colmatá-las, ainda assim garante-se a força normativa da constituição e o respeito aos direitos fundamentais por via jurisdicional, ao mesmo tempo em que se preserva o princípio da separação de poderes: mantém-se a necessidade da *interpositio legislatorum* sem prejuízo da aplicação direta, pelos juízes, das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais. Numa frase: em Ferrajoli, o poder político fica submetido ao direito por via de controles jurisdicionais, mesmo não sendo possível ao judiciário impor ao legislador a obrigação de legislar. Por outro lado, os juízes ficam submetidos ao princípio da legalidade, assegurado ao legislador o espaço de conformação legislativa.

Sem embargo, aqui surge uma importante questão consistente em saber por que Ferrajoli, mesmo admitindo a possibilidade de aplicação direta da constituição para garantir direitos fundamentais, mantém, ao lado disso, a exigência de interposição legislativa, conferindo exclusividade ao legislador na tarefa de colmatar lacunas, ao mesmo tempo em que insiste em manter a jurisdição vinculada ao princípio da legalidade, atribuindo-lhe o caráter de atividade cognitiva, opondo-se, dessa forma, ao ativismo judicial ou à criação judicial do direito. A resposta a tal pergunta já foi dada no segundo capítulo do presente escrito: seu compromisso com a força normativa da constituição e a efetividade dos direitos fundamentais, com a separação de poderes e a democracia. Compreender melhor essa problemática é condição para responder as duas perguntas formuladas no final do tópico anterior, assim como para comprovar a hipótese apresentada para a presente investigação.

5.6. Separação de poderes e a ferrajoliana esfera constitucional do (in)decidível e o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias como elemento conformador da legitimidade da jurisdição para a proteção dos direitos sociais

Conforme ficou assentado anteriormente, por meio dos direitos fundamentais, acham-se imbricados, em Ferrajoli, uma teoria do direito e uma teoria da democracia, ambas vinculadas à regra da separação de poderes. Como se disse com Carbonell e Ibáñez, a arquitetura do edifício conceitual e analítico ferrajoliano baseia-se toda ela na noção de democracia constitucional, a qual constitui um novo paradigma em que a democracia aparece conectada ao respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da separação de poderes. Esse novo paradigma é referido pelo próprio Ferrajoli, conforme demonstrado acima, como um complexo sistema de limites e vínculos legais, separação e equilíbrio entre os poderes, hierarquia normativa e controles jurisdicionais.⁹⁶⁰

Não obstante esse novo contexto tenha representado uma mudança na regra da separação de poderes, no sentido de conferir maior importância ao judiciário no tocante à sua relação com o legislativo e o executivo, conforme demonstrado acima, isso não implicou, em contrapartida, atribuir menor importância à atividade política e, portanto, à democracia, a qual ficou apenas submetida a certos condicionamentos determinados pelos direitos fundamentais, que, por sua vez, conduziram à superação do dogma positivista da onipotência do legislador: antes do constitucionalismo rígido, diz Ferrajoli, na vigência do Estado legislativo de direito, a política, considerada a expressão da vontade da maioria, era tida, de fato, como onipotente: *las constituciones rígidas, han puesto fin a este residuo de absolutismo.*⁹⁶¹

Em decorrência desse fenômeno, ressalta nosso autor, a política ficou submetida ao direito e, mais precisamente, à esfera do indecidível. Isso, porém, acrescenta ele, não significou o esgotamento do espaço reservado à política: significou o fim da onipotência da maioria e não da importância política da maioria, a quem cabe imediatamente a tarefa de concretizar a constituição, ou seja, de dar efetividade aos direitos fundamentais: *a la política le queda sobre todo la esfera de lo decidible, confiada a las funciones legislativas y*

⁹⁶⁰ Nesse sentido, afirma Susana Pozzolo que, a teoria da democracia constitucional de Ferrajoli, significa, acima de tudo, um constitucionalismo democrático; e não se trata de um simples jogo de palavras. (POZZOLO, Susanna. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 411)

⁹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 342. O modelo ferrajoliano não sufoca o espaço da política, isto é, da democracia política ou da maioria: o poder político tem um amplo espaço de atuação, representado pela esfera do decidível, a qual comporta as funções legislativas e de governo, isto é, legislativa e executiva, responsáveis pelo desenvolvimento normativo e de direção política. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 211)

*gubernativas de innovación normativa y dirección política, siempre respetando la constitución.*⁹⁶²

Se tudo isso é verdade, surge aqui mais uma questão, consistente, agora, em saber qual a fronteira que separa o espaço de atuação do poder político, isto é, das maiorias, do espaço de atuação do poder jurisdicional. Dito de modo mais claro: é preciso fixar em que momento pode se considerar legítima a intervenção da jurisdição destinada a garantir a efetividade de direitos fundamentais e, de modo especial, dos direitos sociais que, em regra, exigem uma atuação positiva por parte do Estado. Para responder a esta indagação, há que se compreender o significado, para a teoria garantista, das expressões “esfera do indecível” e “esfera do decidível”, referidas acima, sua relação com a interpretação ferrajoliana do princípio da separação de poderes, e a implicação deste último no tocante às fontes de legitimação democrática do poder estatal.

Conforme ficou consignado no capítulo anterior, para formular sua teoria da democracia constitucional, Ferrajoli postula a universalidade e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. Em virtude disso, recorda Perfecto Ibáñez, tais direitos não pertencem à maioria, senão, de forma inderrogável, a todos e a cada um dos cidadãos, daí resultando a sua configuração como a “esfera do não decidível” a qual determina a vinculação da política ao seu respeito e efetividade.⁹⁶³ Nesse sentido, explica Ferrajoli, “esfera do indecível” denomina *al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías.*⁹⁶⁴ Trata-se, segundo ele, de um componente estrutural das atuais democracias constitucionais, determinado pelos limites e vínculos normativos impostos a todos os poderes, inclusive ao poder legislativo, por meio de normas de direito positivo de assento constitucional: são princípios jurídicos situados no interior do ordenamento jurídico.⁹⁶⁵

De acordo com Ferrajoli, a “esfera do indecível” designa não somente o espaço daquilo que não pode ser decidido pelo poder político, como no paradigma liberal, mas inclui também aquilo que não pode deixar de ser decidido, isto é, aquilo que deve ser decidido pela maioria: a primeira refere-se às proibições, que consistem nos limites negativos impostos ao

⁹⁶² FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 342.

⁹⁶³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 211.

⁹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 337.

⁹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 338. Os limites impostos pela esfera do indecível se referem não somente aos poderes públicos, mas também aos poderes privados, ou seja, de mercado. (FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 338)

legislador em garantia dos direitos de liberdade; a segunda refere-se às obrigações, que são os vínculos positivos impostos ao mesmo legislador em garantia dos direitos sociais: *el conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos dirigidas a asegurar su efectividad*.⁹⁶⁶

Assim, para Ferrajoli, a esfera do indecível, desenhada pelas constituições rígidas, constitui o traço característico da democracia constitucional, cuja concepção inclui os direitos fundamentais como sendo a dimensão substancial da democracia, e se referem *a lo que no puede ser y a lo que no puede no ser decidido*, que formam a substância ou o conteúdo das decisões políticas, em contraposição à dimensão formal da democracia, caracterizada pelo *quem* e pelo *como*, isto é, pela competência e pelo procedimento das decisões políticas.⁹⁶⁷ Contudo, explica o autor, esfera do indecível é uma noção simétrica e complementar a de esfera do decidível. Com efeito, esfera do decidível e esfera do indecível servem para identificar, respectivamente: a) a esfera discricionária ou política, que é peculiar ao que Ferrajoli denomina de funções e instituições de governo; b) e a esfera vinculada ou sujeita à lei, que o autor denomina de funções e instituições de garantia.⁹⁶⁸

Por outro lado, Ferrajoli promove uma releitura do princípio da separação de poderes⁹⁶⁹ e conclui que o modelo teorizado por Montesquieu tornou-se insuficiente para dar conta das democracias contemporâneas, apresentando deficiência tanto do ponto de vista descritivo, quanto no que se refere ao plano axiológico.⁹⁷⁰ No primeiro caso, segundo ele, a realidade se encarregou de demonstrar que, nos regimes parlamentaristas, nos quais o governo obtém a confiança das câmaras, a relação entre os poderes legislativo e executivo deixou de configurar uma separação dando origem a uma conditio.⁹⁷¹

Já no segundo caso, em virtude da diversidade de funções que compõem a esfera pública, não seria mais possível falar em tripartição de poderes. Para Ferrajoli, grande parte

⁹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 338. A proposta teórica de Ferrajoli traz consigo uma inovação essencial: contempla também os direitos sociais, que atuam como precondições para o exercício dos direitos de liberdade e, por conseguinte, da própria democracia. (IBÁÑEZ. Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 211)

⁹⁶⁷ Em Ferrajoli, às vezes fica a ideia de oposição entre as dimensões formal e substancial da democracia constitucional, mas, na verdade, da obra do autor, resta evidenciado que elas não são antitéticas entre si, senão que a segunda guarda uma relação de complementaridade em relação primeira.

⁹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 338-339.

⁹⁶⁹ IBÁÑEZ. Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 210.

⁹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 816-822; *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. II. Madrid: Trotta, 2011. p. 196 s; *Poderes Salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. p. 94-96.

⁹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 340.

das funções administrativas que se desenvolveram a partir do Estado social, não se enquadra entre as denominadas “funções de governo”, sendo mais apropriado defini-las como “funções de garantia”, cuja atividade, assim como acontece de modo especial com a jurisdição, consiste na aplicação de seus pressupostos legais, devendo, por isso, ser consideradas independentes em relação às funções de governo, ou seja, ao legislativo e ao executivo.⁹⁷²

De qualquer forma, o que importa para Ferrajoli é que, em termos práticos, a distinção entre “esfera do decidível” e “esfera do indecidível” permite redesenhar o mapa dos poderes públicos e de sua respectiva distribuição, de modo a oferecer um critério seguro com respeito às funções que devem permanecer separadas. Dito critério leva em conta as diferentes fontes de legitimação democrática do poder: a) as funções e instituições de governo, a saber: as funções legislativa e executiva, orientadas à esfera do decidível, a quem se confiam as decisões políticas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais, têm como fonte de legitimação democrática a representação política, decorrente do sufrágio ou da vontade popular; b) as funções e instituições de garantia, encarregadas de aplicar a lei e proteger os direitos fundamentais contra os abusos do poder político, orientadas, portanto, à esfera do indecidível, como é o caso, por excelência, do poder judiciário,⁹⁷³ em virtude do caráter cognitivo de sua atividade, têm como fonte de legitimação democrática *la rígida sujeción solamente a la ley que están obligados a aplicar*.⁹⁷⁴

Com efeito, a esfera do decidível é de competência das funções de governo, que compreendem: a função de governo propriamente dita, isto é, o executivo e seus órgãos auxiliares; e a função legislativa, ambas legitimadas pela representação política e atuando nos limites da constituição; a esfera do indecidível, por sua vez, é de competência das funções e instituições de garantia, especialmente da função jurisdicional, legitimada pela aplicação substancial e não pelo simples respeito à lei. Como esclarece Ferrajoli, os poderes públicos investidos na função de governo, são poderes de disposição, produção e inovação do ordenamento jurídico, legitimados para tanto por meio da vontade popular; já os poderes que

⁹⁷² FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 340.

⁹⁷³ Para Ferrajoli, *la más clásica e importante de las funciones de garantía es ciertamente la jurisdiccional, que desarrolla un papes central en la vida del derecho como función de garantía secundaria*. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 831)

⁹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 340-341. Ferrajoli promove uma releitura do princípio da separação de poderes, adotando como critério a sua fonte de legitimação: de um lado, as funções e as instituições de governo, que compõem a *esfera do decidível*, que constituem a representação política, cuja fonte de legitimação é o sufrágio; de outro, as funções de garantia de tutela dos direitos, encarregadas de proteção da esfera do *indecidível*, cuja fonte de legitimidade se vincula à sujeição à lei. (IBÁÑEZ. Perfecto Andrés. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 207-212, 2008. p. 210)

estão investidos em função de garantia têm caráter cognitivo e estão legitimados pela tarefa de aplicadores da lei.⁹⁷⁵

De acordo com nosso autor, é sobre essa diversidade da sua fonte de legitimação democrática que assenta, contemporaneamente, a separação de poderes. Significa dizer, que os poderes devem ser separados de conformidade com a sua respectiva fonte de legitimação: *deben estar separados y ser recíprocamente independientes los poderes que tienes fuentes de legitimación distintas.*⁹⁷⁶ Logo, a representação política, mesmo legitimando as funções de governo, isto é, as inovações e transformações na ordem jurídica, nos limites da constituição, não autoriza a interferência na esfera do indecível: *la política, en suma, y específicamente los gobiernos e las mayorías políticas, no pueden condicionar a las funciones de garantía, como lo es típicamente la judicial, cuya legitimación es contramayoritaria.*⁹⁷⁷ Em sentido contrário, *la sujeción solamente a la ley, que habilita la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir a la innovación jurídica a través de la producción de normas.*⁹⁷⁸

Para efeito da presente investigação, tem-se como significativa a articulação garantista entre as noções de “esfera do decidível” e “esfera do indecível” e o princípio da separação de poderes, aliada às noções de funções de governo e funções de garantia, ambas separadas a partir da sua respectiva fonte de legitimação democrática. A identificação entre as funções de governo, ou seja, entre as funções legislativa e executiva, ocasionada pela impossibilidade de uma nítida separação, operada não apenas nos regimes parlamentaristas, conforme referido por Ferrajoli, senão também nos regimes presidencialistas, em virtude das coalizões de governo, como recorda García-Pelayo, permite, simplesmente, responsabilizar o Estado diante de eventuais omissões ou insuficiências no desenvolvimento de políticas destinadas a proteger

⁹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 340-341. São poderes de disposição nos limites da constituição, ou seja, respeitados os direitos fundamentais que, para Ferrajoli, recorde-se, são indisponíveis.

⁹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 341.

⁹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008, p. 341. *La fórmula “siempre habrá un juez en Berlín” expresa con precisión el valor de esta división y de esta independencia en garantía de la imparcial determinación de la verdad: deberá por tanto existir un juez en Berlín capaz de absolver aun cuando todos exijan la condena y de condenar cuando todos exijan la absolución.* (FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 341)

⁹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 341. Aqui fica bastante evidenciada a preocupação de Ferrajoli em garantir a força normativa da constituição e a efetividade dos direitos fundamentais por meio da jurisdição, legitimada em virtude do seu caráter contramajoritário, preservando, no entanto, o espaço reservado à democracia política, que também deve atuar de modo a respeitar a força normativa da constituição e efetivar aqueles direitos.

os direitos sociais, sem a necessidade de individualizar a origem da omissão ou da insuficiência inconstitucional.⁹⁷⁹

Contudo, o mais importante é que a teoria de Ferrajoli conduz a um reforço tanto do princípio da separação de poderes, quanto do princípio democrático, além de manter ditos princípios irremediavelmente implicados. Com isso, presta-se a afastar a premissa, antidemocrática e deslegitimadora da atividade jurisdicional, de cunho marcadamente neoconstitucionalista, segundo a qual no constitucionalismo contemporâneo, ocorreu uma “transferência dos processos decisórios dos poderes legislativo e executivo para o poder judiciário”, ou o “deslocamento de poder da esfera do legislativo e do executivo para judiciário”, ou, ainda, como pretende Barroso, a transferência do debate e decisão de “questões de larga repercussão política e social”, do legislativo e do executivo para o judiciário.

De igual modo, presta-se a afastar a afirmação segundo a qual o constitucionalismo democrático conduziu a uma diminuição da importância das instâncias democráticas representativas, assim como qualquer pretensão de opor a necessidade de maior participação popular na busca da efetivação dos direitos sociais ao princípio da separação de poderes. Ao contrário de tais assertivas, é possível sustentar, com fundamento na teoria garantista, que, nesse novo contexto, a função jurisdicional, destinada à garantia dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais, deve desenvolver-se nos limites determinados pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio democrático, em todas as suas dimensões, sob pena de converter-se numa atividade democraticamente ilegítima.

De fato, este é o ponto ao qual se pretendia chegar por meio da presente investigação, tendo-se como fio condutor o marco teórico adotado: se às funções e instituições de governo, ou seja, às funções legislativa e executiva, legitimadas democraticamente por meio da representação política, isto é, através da vontade popular, está reservada a esfera do decidível, no sentido de que cabe a elas, imediatamente, a tarefa de concretizar a constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais, conforme mencionado acima, a intervenção da jurisdição para proteger tais direitos somente pode ocorrer legitimamente de forma subsidiária, isto é, quando as instituições democráticas ultrapassarem os limites da sua esfera

⁹⁷⁹ Como anota o autor espanhol, “quando a maioria do parlamento e do governo pertence ao mesmo partido ou coalizão de partidos, encontramos-nos com o fato de a “independência” entre ambos os órgãos restar fortemente relativizada por sua comum organização em torno de um só centro, que orienta tanto a ação do governo como a do parlamento”. Recorda, ainda, García-Pelayo que, no Estado social, “boa parte da legislação material deve ser implementada pelo governo por via de decretos-leis e regulamentos. Além disso, até mesmo a maioria da legislação formal, ou seja, aprovada pelo parlamento, tem sua origem em projetos de lei apresentados pelo governo”. (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44-46)

legítima de atuação, ou de decidibilidade, deixando, assim, de proteger tais direitos e, por conseguinte, tornando-se ilegítimas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais circunscrevem a esfera constitucional do (in)decidível, isto é, a esfera dentro da qual as maiorias políticas podem atuar de forma (i)legítima: quando atua ou deixa de atuar de modo a efetivar os direitos fundamentais, o poder político, através das funções e instituições de governo, isto é, do legislativo e do executivo, age dentro da sua esfera de decidibilidade e, portanto, atua de forma legítima; quando, porém, atua ou deixa de atuar de modo a impedir a efetividade daqueles direitos, ultrapassa a sua esfera de decidibilidade, atingindo a esfera do indecidível, configurando, portanto, uma atividade ilegítima. É exatamente neste momento que se justifica a intervenção do poder judiciário. Lembre-se que, para Ferrajoli, a esfera do decidível, isto é, a esfera destinada imediatamente a concretizar a constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais é de competência das funções e instituições de governo, e a esfera do indecidível é de competência das funções e instituições de garantia e, neste caso específico, da jurisdição que, por isso mesmo, se configura como uma função contramajoritária.

Sendo assim, não faz o menor sentido o argumento neoconstitucionalista segundo o qual, no constitucionalismo do segundo pós-guerra, ocorreu um deslocamento do poder da esfera do legislativo e do executivo para o judiciário, com a consequente diminuição da importância das instâncias democráticas representativas. Ao invés disso, essas instâncias tiveram sua responsabilidade política aumentada. É exatamente isso que se infere de Ferrajoli ao afirmar que, às instituições de governo não basta uma legitimação formal, consistente na representatividade que lhes foi outorgada por meio do voto; exige-se, além disso, a sua legitimação substancial consistente na realização do conteúdo substancial da democracia, qual seja: os direitos fundamentais: *es de la actuación de la Constitución de lo que depende la legitimación sustancial de las funciones de gobierno, que es siempre una legitimación a posteriori, que se suma a su legitimación formal proveniente, a priori, de la representación política.*⁹⁸⁰

Na verdade, é possível vislumbrar em Ferrajoli duas preocupações no tocante à atuação da jurisdição na proteção dos direitos fundamentais, ambas de ordem democrática: a primeira diz respeito à possibilidade de intervenção dos juízes na esfera de competência dos demais poderes; a segunda se refere aos limites dessa intervenção. Com efeito, explica Ferrajoli que, diferentemente do neoconstitucionalismo, que confia as aporias e os conflitos

⁹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008. p. 342-343.

entre direitos à ponderação, que é, por natureza, discricionária e que, dessa forma, reduz a força normativa da constituição, deslegitimando a função jurisdicional, o constitucionalismo garantista vincula de maneira forte o poder judiciário, “em conformidade com a separação de poderes” e com a natureza cognitiva que confere legitimidade à jurisdição.⁹⁸¹

Conforme ressalta nosso autor, nesse paradigma os juízes não podem criar direito, porquanto isso implicaria uma atuação invasiva do espaço reservado à legislação e, portanto, à política: podem eles tão-somente censurar a violação da lei por invalidade, promovendo a sua anulação por meio da jurisdição constitucional, via controle concentrado, ou deixando de aplicá-la no âmbito da jurisdição ordinária, via controle difuso.⁹⁸² Todavia, enfatiza Ferrajoli, em todas as hipóteses em que está autorizada a intervenção da jurisdição, esta jamais poderá interferir na esfera de atuação legítima dos demais poderes: sua esfera de atuação é somente a esfera ilegítima da política.⁹⁸³ Como se vê, Ferrajoli soluciona o problema do limite da atividade jurisdicional atribuindo-lhe um caráter cognitivo; já o problema da intervenção em si resolve atribuindo-lhe um caráter subsidiário.⁹⁸⁴

Com relação a esta última perspectiva, que mais de perto interessa à presente investigação, jamais se pode esquecer que, para Ferrajoli, no Estado constitucional todos os poderes estão funcionalizados à realização dos direitos fundamentais, que constituem a razão social da própria associação política, conforme ficou consignado alhures. Todavia, em virtude da sua fonte de legitimação democrática, dita tarefa cabe prioritariamente às funções e instituições de governo, isto é, ao legislativo e ao executivo. Trata-se, como dito, de um arranjo institucional que confere caráter subsidiário à função jurisdicional, o que pode ser percebido a partir da própria concepção ferrajoliana de jurisdição como função estatal encarregada de constatar as violações de direitos, e da consequente obrigação de anulação dos atos inválidos e de responsabilização por atos ilícitos: constatar a violação de direitos tanto

⁹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 103.

⁹⁸² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 103.

⁹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011. p. 103-104. Explica André Trindade que, rompendo com a tradição inaugurada pelo positivismo normativista, Ferrajoli não admite que os juízes possam criar direito, mas apenas aplicá-lo na medida em que esteja conformidade com a constituição, atuando somente na esfera ilegítima da política. No constitucionalismo garantista os juízes se acham vinculados tanto à lei ordinária quanto à constituição, “sendo sua tarefa *garantir e concretizar* os direitos positivados, respeitando o princípio da separação de poderes”. (TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 122)

⁹⁸⁴ Conforme ficou estabelecido acima, a questão dos limites da atuação da jurisdição não é objeto da nossa investigação.

por ato inválido quanto por ato ilícito pressupõe a ocorrência de um ato desta ou daquela natureza.

Dito caráter subsidiário da função jurisdicional acha-se, também, implícito na afirmação de Ferrajoli segundo a qual a legitimidade da jurisdição, no Estado constitucional, assenta no duplo papel a ela conferido: a garantia dos direitos fundamentais e o controle da legalidade dos poderes públicos. Ou seja, a atuação da jurisdição pressupõe que atos ilegais sejam praticados pela maioria, sejam eles comissivos ou omissivos. Todavia, o autor tratou do assunto de forma explícita, de modo a revelar o caráter marcadamente democrático da sua teoria, no que se refere à busca de efetividade dos direitos fundamentais. Para ele, às garantias primárias e às garantias secundárias correspondem dois níveis distintos de efetividade: às primeiras, corresponde uma efetividade substancial ou de primeiro grau em relação aos próprios direitos; já as garantias secundárias intervêm nos casos de inatuação ou inefetividade das primeiras e configuram uma efetividade subsidiária ou de segundo grau.⁹⁸⁵

Conforme salienta nosso autor, as garantias primárias, substanciais ou de primeiro grau destinam-se a realizar a efetividade dos direitos garantidos, podendo falar-se, assim, numa efetividade primária, substancial ou de primeiro grau; já as garantias secundárias, são garantias de segundo grau, instrumentais, processuais, ou jurisdicionais, e estão orientadas a assegurar uma efetividade também secundária, de segundo grau, ou jurisdicional, e operam por meio da anulabilidade ou da responsabilidade pelos atos cometidos em violação das garantias primárias.⁹⁸⁶ As garantias secundárias, pontua Ferrajoli, são sempre subsidiárias em relação às garantias primárias: *intervienen como obligaciones de pronunciar la anulación o la condena de los actos inválidos o de los actos ilícitos, o sea, de las violaciones jurídicas en las que todos estos actos consisten, incluidas por lo tanto las violaciones de los derechos y de las respectivas garantías primarias.*⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 631.

⁹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 631. As garantias secundárias requerem sempre a intermediação de um juízo: a constatação de seus pressupostos através de um procedimento normativamente regulado, ativado por quem ostenta o poder para isso e destinado a concluir com um pronunciamento de anulação ou de condenação. Por isso, tais garantias podem também ser denominadas de garantias jurisdicionais ou processuais, já que garantem a justiciabilidade dos atos inválidos e dos atos ilícitos e se articulam numa complexa série de subgarantias, como é o caso do direito de ação. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. p. 639)

⁹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011, p. 631-632. A ideia de atuação subsidiária por parte do judiciário, na sua tarefa de garantir a efetividade dos direitos fundamentais também está presente em Dworkin. Como visto acima, para o jusfilósofo americano, os procedimentos não majoritários devem atuar em “ocasiões especiais” com vista a proteger a essência da democracia, que são os direitos fundamentais, e com isso evitar a degradação do próprio princípio majoritário. No Brasil, essa postura foi adotada de forma pioneira por Lenio Streck, especialmente no que se refere aos direitos sociais. Para o jurista brasileiro, a partir do constitucionalismo-dirigente do segundo pós-guerra, é

Do que foi dito acima, é possível extrair duas importantes conclusões: a) se ao poder político, por meio das funções de governo, especialmente em virtude da sua fonte de legitimação democrática, cabe, prioritariamente, a atuação da constituição com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, restando ao poder judiciário atuar apenas de forma subsidiária, pode-se afirmar que o legislativo e o executivo, nesse mister, constituem as instâncias democráticas ordinárias; b) se tudo isso ocorre em virtude da importância que deve ser conferida à política e, portanto, à democracia, é necessário preservar o próprio espaço reservado às maiorias contra eventuais intervenções indevidas por parte do poder judiciário. Isso leva inexoravelmente a uma terceira conclusão: a preservação de tal espaço só pode ser obtida mediante o condicionamento da intervenção jurisdicional ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, isto é, das instâncias representativas.

Contudo, convém anotar que dito esgotamento prévio ocorre de forma automática nos casos de antinomias, provocadas pela introdução de normas contrárias à constituição: quando uma norma é eliminada do ordenamento jurídico, por meio do controle concentrado, ou quando é inaplicada no caso concreto, por meio do controle difuso, o esgotamento daquelas instâncias já se verificou. Sendo assim, tal mecanismo de contenção do poder judiciário ganha importância, sobretudo, em se tratando da proteção dos direitos sociais, que exigem prestação positiva por parte do Estado diante de lacunas decorrentes de eventuais omissões legislativas,

inexorável que, com a positivação dos direitos fundamentais sociais nas constituições, o poder judiciário “passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional”. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão dirige-se à jurisdição, de modo que, “inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário”. Anota Lenio Streck que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando à construção de uma sociedade mais justa, tendo, ainda, entre seus objetivos, a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que os poderes: executivo e legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Se isso não vem ocorrendo, diz o autor, o judiciário surge como instrumento apto para o resgate dos direitos não realizados: “na ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte, a via judiciária se apresenta como via possível para a realização os direitos previstos nas leis e na Constituição”. É de se esclarecer, contudo, que, para Lenio Streck, o deslocamento do centro de poder para o judiciário não implica uma permissão para interferências indevidas nas demais esferas de competência do poder estatal, senão que elas agora estão sujeitas ao direito e, como tal, submetidas ao controle da jurisdição, podendo seus atos ser sancionados quando deixarem de tornar efetivos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais. Não fosse assim estar-se-ia afirmando a concordância do autor com o ativismo judicial, fato esse que não ocorre. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55-56; *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87-88) Isso permite afirmar que, atribuir um caráter secundário ou subsidiário à jurisdição não significa reconhecer menor importância a essa função estatal. Ao contrário, ressalta a sua importância enquanto mecanismo que permite compatibilizar constitucionalismo e democracia, ou seja, limitar o poder político ao mesmo tempo em que assegura a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, assinala Ferrajoli que, a função jurisdicional, enquanto garantia secundária dos direitos fundamentais, se constitui no principal fator de efetividade da dimensão substancial da democracia. Ademais, recorda o autor, são as garantias secundárias que caracterizam o direito positivo frente a todos os demais sistemas normativos, graças à efetividade que permitem assegurar mediante a coerção e o uso regulado da força. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 631-632)

e, principalmente, nos casos de omissões dos próprios órgãos administrativos na adoção de medidas destinadas a efetivar aqueles direitos.⁹⁸⁸ É, pois, com relação às políticas destinadas à proteção dos direitos sociais que deve haver uma das grandes preocupações no sentido de evitar interferências indevidas do judiciário na esfera de competência das demais funções estatais, como forma de preservar o princípio da separação de poderes e a democracia.⁹⁸⁹

Ferrajoli ocupou-se especificamente dessa questão. Conforme explica o autor, a discricionariedade é própria ao exercício de qualquer poder.⁹⁹⁰ Existem, todavia, dois tipos de discricionariedade: a discricionariedade política, peculiar às funções de governo; e a discricionariedade judicial, vinculada ao desenvolvimento da atividade interpretativa e probatória, exigida pela aplicação do direito ao caso concreto. Segundo ele, trata-se de diferentes tipos de discricionariedade que remetem a diferentes fontes de legitimação: a discricionariedade política tem como fonte de legitimação a representação política, isto é, a vontade popular; a discricionariedade judicial assenta-se na sujeição do juiz à lei. No dizer de Ferrajoli, em matéria de direitos fundamentais, o campo privilegiado da discricionariedade política é o das políticas sociais.⁹⁹¹ Isso porque, em relação aos direitos de liberdade, que correspondem às proibições, é possível predeterminar-se legalmente seus limites, mas não seus conteúdos, porquanto dentro de tais limites *son infinitos e indefinidos los actos que constituyen su ejercicio*.⁹⁹²

⁹⁸⁸ Em sua manifestação na ADPF 186, que discutia a questão da constitucionalidade da reserva de vagas em universidades, durante Audiência Pública realizada em março de 2010, Fábio Konder Comparato lembrou que cabe ao executivo a iniciativa das políticas destinadas à satisfação dos direitos sociais que, uma vez não se desincumbindo dessa função, sua inércia há que ser considerada inconstitucional. Significa dizer que, deixando a administração de decidir sobre aquilo que não poderia deixar de decidir (Ferrajoli), fica caracterizada a inconstitucionalidade por omissão do poder executivo. Para Comparato, o descumprimento do estabelecido no art. 3º da Constituição Federal, desfigura o perfil social que a Carta procurou imprimir ao Estado brasileiro: “nós já reconhecemos a inconstitucionalidade por omissão em relação ao poder legislativo; é hora de se por na pauta das discussões, a inconstitucionalidade por omissão por parte do poder executivo, pois é ele que tem a iniciativa das políticas públicas”. Essa possibilidade, todavia, já se acha consagrada na Constituição federal, de forma explícita, precisamente no artigo 103, § 2º, que trata da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, que refere à omissão de medidas por parte dos órgãos administrativos, “para tornar efetiva norma constitucional”.

⁹⁸⁹ Diz-se uma das grandes preocupações porque ainda que não se trate da tutela dos direitos sociais, o judiciário não pode substituir às instâncias de democracia representativa qualquer que seja o objeto da controvérsia.

⁹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 93.

⁹⁹¹ Para Ferrajoli, a classificação mais importante dos direitos fundamentais é aquela que os divide em direitos de liberdade, ou direitos de, e direitos sociais, ou direitos a. Os primeiros correspondem a proibições e prestações negativas, e os segundo, a obrigações y prestações positivas do estado. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 915)

⁹⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 94. Aos direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições, não são determináveis os conteúdos, mas somente os limites: assim, por exemplo, não é possível identificar os infinitos atos que constituem o exercício da liberdade de expressão, a liberdade pessoal etc., mas tão-somente os limites como, a proibição de difamar, de caluniar etc., ou as condições que legitimam sua limitação, ou seja, por meio de ordem motivada de autoridade judicial, quando concorram indícios de criminalidade. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 915-916)

Por outro lado, no que se refere aos direitos sociais, isto é, àqueles direitos aos quais correspondem obrigações por parte do Estado, é possível predeterminar seus conteúdos, como é o caso do direito à saúde, à educação, à moradia e ao mínimo vital, porém, não seus limites e sua extensão, já que a satisfação de tais direitos varia de acordo com o grau de desenvolvimento econômico e social de cada país.⁹⁹³ Disso se segue que, no que se refere aos direitos de liberdades e aos direitos sociais, é diferente o espaço reservado à política: com relação aos primeiros, diz Ferrajoli, o espaço é virtualmente mínimo, já que predeterminados tanto constitucionalmente quanto legalmente; em relação aos segundos, o espaço é inevitavelmente máximo, já que os direitos sociais são indeterminados e não predetermináveis com relação a sua extensão, *salvo por lo que respecta a la obligación de satisfacer sus contenidos mínimos*.⁹⁹⁴

Como se vê, em matéria de direitos sociais, é possível rechaçar, com base em Ferrajoli, a tese do deslocamento dos processos decisórios dos poderes legislativo e executivo para o judiciário, que tem servido de fundamento ao ativismo judicial. Ao contrário, em virtude da importância que o autor confere à democracia no Estado constitucional, fica implícita, na teoria garantista, a necessidade de contenção do poder judiciário, por meio do prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, porquanto reportando-se mais especificamente aos direitos sociais, afirma Ferrajoli que, ao âmbito da jurisdição e da discricionariedade judicial pertence *solamente las controversias y decisiones interpretativas relativas al significado de las leyes que han de ser aplicadas, tanto las ordinarias como las constitucionales*.⁹⁹⁵ E acrescenta: as decisões relativas às técnicas adequadas aos diferentes tipos de direitos e, mais precisamente, aos direitos sociais, as prioridades adotadas e a destinação dos recursos ocorrem no *espacio autónomo de la política*.⁹⁹⁶

Nesse mesmo sentido, pontua Avelãs Nunes que, como os recursos à disposição do Estado, destinados à satisfação dos direitos são limitados e, portanto, insuficientes para satisfazer “todos os direitos de todos”, faz-se necessário escolher entre os direitos clássicos de

⁹⁹³ Dos direitos sociais, aos quais correspondem obrigações, restam predetermináveis os conteúdos, mas não os limites, sendo, pois, variáveis as necessidades e as expectativas que expressam, bem como o grau em que podem ser satisfeitas segundo o momento, o lugar, as circunstâncias e, sobretudo, o grau de desenvolvimento econômico e civil. Assim, os direitos à saúde, à educação ou à subsistência remetem a obrigações de prestações quantitativamente variáveis segundo os distintos níveis de vida consentidos em cada ordenamento. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 916)

⁹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 94-95.

⁹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 96. Para Ferrajoli, isso deveria ser suficiente para afastar o fantasma do governo dos juizes que causa tantas preocupações à filosofia política e, sobretudo, à classe política. (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 96-97)

⁹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 88, 96.

liberdade e os direitos sociais e, mesmo entre estes últimos, quais devem merecer tratamento prioritário. E essa, diz o autor, é uma questão de escolha política: “uma questão essencial das sociedades democráticas”. Com efeito, para o mestre lusitano, a definição das políticas destinadas à proteção dos direitos sociais só pode ser realizada por meio dos órgãos legitimados democraticamente, através da vontade popular, não cabendo, pois, aos tribunais.⁹⁹⁷ A estes, ressalta Avelãs Nunes, não cabe realizar políticas públicas, substituindo-se aos demais órgãos do estado a quem compete tal função, posto serem estes órgãos que estão legitimados democraticamente por meio do sufrágio, cujos integrantes respondem politicamente perante os cidadãos: “à política o que é da política; aos tribunais o que é dos tribunais”.⁹⁹⁸

Contudo, não basta afirmar que a definição das políticas destinadas à proteção dos direitos sociais deve ocorrer no espaço reservado à política (Ferrajoli), em contraposição a intervenções indevidas por parte do poder judiciário. Além disso, é preciso ter em conta outro elemento que não apenas está contemplado teórica e juridicamente, senão que se faz indispensável em toda essa problemática. Trata-se daquela terceira dimensão da democracia apresentada no capítulo anterior como condição de possibilidade para efetivação daqueles direitos, qual seja: a democracia participativa. Nesse sentido, é precisa a lição de Bolzan de Moraes, ao afirmar que, no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais, para além do debate em torno da questão hermenêutica, deve ser privilegiado um rearranjo de posições no âmbito da organização do Estado que seja capaz de desenvolver novas práticas no que diz respeito ao enfrentamento da questão social, “promovendo a incidência do princípio democrático participativo”.⁹⁹⁹

De fato, conforme ficou consignado alhures, a promoção da justiça social, mediante uma redução substancial das desigualdades socio-econômicas, por meio da efetivação dos direitos sociais, só será possível através de uma lógica de solidariedade que seja capaz de estimular a participação popular junto às instâncias majoritárias. Numa frase: para dar maior efetividade aos direitos sociais é preciso combinar democracia representativa e democracia

⁹⁹⁷ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38.

⁹⁹⁸ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 72. De acordo com Avelãs Nunes, a tarefa de definir e implementar políticas públicas cabe especialmente ao executivo, já que seus membros podem ser responsabilizados politicamente, o que não ocorre com relação do judiciário. (AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71)

⁹⁹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado constitucional entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175.

participativa. É essa lógica, aliada à possibilidade de intervenção contida da jurisdição, conforme será explicitado adiante, que possibilitará a organização de grupos e comunidades para, na qualidade de portadores das necessidades econômicas, ou seja, na qualidade de destinatários das políticas sociais, e no exercício dos direitos políticos para além do voto nas eleições, não apenas reivindicar, mas participar na formulação daquelas políticas.¹⁰⁰⁰

Todavia, para a consecução desse desiderato é necessário, inicialmente, superar dois equívocos recorrentes, especialmente no Brasil. O primeiro consiste em reduzir a discussão acerca das políticas destinadas à proteção dos direitos sociais ao direito à saúde, esquecendo-se que, como diz Amartya Sen, “as misérias e privações podem ser de vários tipos, alguns mais passíveis de solução social do que outros”.¹⁰⁰¹ Com efeito, anota Têmis Limberger que, em matéria de direito sociais, a grande discussão gira em torno do direito à saúde e, quanto a este, do direito ao fornecimento de medicamentos: “o direito à saúde é o que adquiriu maior debate acadêmico e número de ações na esfera judicial, em prol da efetividade”.¹⁰⁰² O segundo equívoco consiste em emprestar maior destaque à dimensão individual dos direitos sociais, em detrimento da sua dimensão coletiva, especialmente quando se trata da sua justiciabilidade.

Nesse sentido, porém, é preciso ficar atento à lição de Avelãs Nunes, segundo a qual no caso específico do direito à saúde, partindo-se da consideração de que este deve efetivar-se por meio de políticas sociais adequadas, fica fácil perceber que tal direito não se restringe à “prestação de serviços médicos e ao fornecimento de meios de diagnósticos, intervenções cirúrgicas e medicamentos”, conforme a situação individual de cada pessoa que necessite de tais serviços: a saúde, diz Avelãs Nunes, é condicionada por fatores econômicos, sociais e culturais complexos pelo que “as políticas de saúde, que devem atender a todos eles hão de ser necessariamente complexas” e envolvem outras políticas sociais, como: habitação,

¹⁰⁰⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 178. “Para compreendermos a totalidade das exigências do desenvolvimento e da busca do bem-estar social, será necessário não nos quedarmos pelo crescimento econômico. Não podemos deixar de prestar a devida atenção às amplas provas que nos vêm mostrar que a democracia e os direitos políticos e civis tendem a reforçar outras espécies de liberdades (como será o caso da segurança humana) ao darem voz aos indigentes e aos mais vulneráveis, pelo menos em muitas circunstâncias”. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedida, 2010. p. 459) Retornar-se-á ao tema mais adiante, quando, a partir do referido autor, se explicará melhor acerca da importância e da potencialidade da participação na busca por políticas destinadas à proteção dos direitos sociais.

¹⁰⁰¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 181.

¹⁰⁰² TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 217. No mesmo sentido: AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38.

alimentação, saneamento básico, educação, lazer, serviços essenciais de prevenção contra doenças, vacinação em massa etc., exigindo, ainda, o funcionamento de hospitais, meios de diagnósticos, equipamentos tecnológicos, e muito mais.¹⁰⁰³

Como se vê, em matéria de direitos sociais são diversas as situações de carências que, uma vez desatendidas pelos poderes públicos, configuram aquilo que a Corte Constitucional colombiana designou *estado de cosas inconstitucional*.¹⁰⁰⁴ Toda essa problemática, como anota Avelãs Nunes, está situada na esfera da política, tratando-se, pois, de uma questão política, que exige uma resposta da mesma natureza.¹⁰⁰⁵ É exatamente nesse espaço da política que deve estar inserida a participação cidadã na luta em defesa da adequada proteção dos direitos sociais: a luta para que o direito à saúde e outros direitos sociais sejam “levados a sério”, diz Avelãs Nunes, deve ocorrer na “esfera da ação cívica, sindical e política”.¹⁰⁰⁶ Portanto, no âmbito da democracia política na sua dupla dimensão: representativa e participativa.

Além disso, é preciso reconhecer a importância da participação como mecanismo apto a permitir alguma forma de contraponto entre aqueles que necessitam de políticas para a proteção dos direitos sociais e as forças do mercado, que impõem um modelo de exclusão. Conforme ficou demonstrado acima, o grande dilema do Estado constitucional está em pretender compatibilizar na mesma fórmula política: liberdades clássicas e inclusão social, assentado, porém, numa base econômica excludente, que é o modelo capitalista da economia de mercado, que ficou ainda mais evidenciado a partir daquilo que Bolzan de Moraes referiu como *neoliberalismo minimizante*.¹⁰⁰⁷ Como dito acima, somente o aprofundamento da

¹⁰⁰³ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39.

¹⁰⁰⁴ A expressão foi cunhada pela Corte Constitucional colombiana por ocasião do julgamento de 109 *acciones de tutela*, interpostas por 1.150 núcleos familiares, compostos basicamente de mulheres chefes de famílias, idosos e menores, além de alguns indígenas. Na sentença T-025 de 2004, *la Corte decidió declarar que la situación en que viven los desplazados representa un “estado de cosas inconstitucional”; adoptó esta determinación debido a la situación de desconocimiento masivo, generalizado y sistemático de los derechos constitucionales de la población desplazada por la violencia, y a las falencias estructurales de la respuesta estatal que comprometen varias entidades públicas*. A Corte entendeu que aquele “estado de coisas inconstitucional” violava os direitos: à vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, de petição, ao trabalho, à saúde, à seguridade social, à educação, ao mínimo vital e à proteção aos idosos, às mulheres chefes de família e às crianças.

¹⁰⁰⁵ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39.

¹⁰⁰⁶ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 59.

¹⁰⁰⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues de *et al* (Orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p 187.

democracia, por meio da sua vertente participativa, é capaz de fazer frente a esse dilema e conduzir a uma maior efetividade dos direitos sociais.

Evidentemente que isso só será possível com a concorrência da jurisdição, ainda que exigidos parâmetros de legitimidade que devem ser atendidos. Com efeito, não obstante a divergência com o entendimento aqui adotado, a posição de Avelãs Nunes é ilustrativa daquilo que se vem sustentando. O autor entende que os tribunais não têm legitimidade para interferir na esfera de atuação dos demais poderes, com vista à efetivação de direitos sociais. Com relação ao executivo, sustenta que o controle destinado a fazer com que este dê cumprimento aos programas apresentados à população deve caber ao parlamento: se o executivo deixa de realizar determinada política, realiza-a de forma inadequada, ou, de algum modo, insuficiente, “o juízo sobre o seu comportamento é um *juízo político*, que só pode caber ao parlamento e ao povo soberano”.¹⁰⁰⁸

Avelãs Nunes levanta a hipótese dos moradores de determinada comunidade, comprovando a necessidade de serviços médico-hospitalares, postularem, em juízo, a construção de um hospital, ou que seja devidamente equipado um hospital que já existe naquela localidade. A pergunta que coloca a si próprio é no sentido de saber se o tribunal poderia determinar a construção do hospital, ou a ampliação e a aquisição de equipamentos para aquele já existente. O autor responde negativamente, ao argumento de que os tribunais não podem alterar os orçamentos aprovados pelo legislativo. No seu entender, também não pode o tribunal determinar a inclusão, em orçamentos futuros, de verbas destinadas à realização de políticas visando à proteção de direitos sociais, porquanto, em virtude do princípio da separação de poderes, não está autorizado a fazer escolhas políticas.¹⁰⁰⁹

Para Avelãs Nunes, ainda que o executivo, a fim de evitar que a algum dos seus integrantes seja imputado o crime de desobediência, proponha a inclusão de verbas no orçamento, com a finalidade de desenvolver esta ou aquela política pública, fica ele na dependência do legislador que, sendo competente para conhecer sobre a matéria, pode recusar a sua aprovação, não restando nada que possa ser feito pelo judiciário que, neste caso, padece de falta de legitimidade democrática, já que são os poderes legislativo e executivo os responsáveis politicamente por tais decisões.¹⁰¹⁰ Pede-se a devida vênia para discordar do

¹⁰⁰⁸ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39-40.

¹⁰⁰⁹ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43-44.

¹⁰¹⁰ AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44-46.

catedrático coimbricense, ao mesmo tempo em que se utilizará do seu exemplo hipotético para demonstrar, em caráter definitivo, a hipótese apresentada para a presente investigação.

Com efeito, se no exemplo oferecido pelo autor a política social fosse necessária para proteger os direitos sociais, o poder político não poderia deixar de decidir com vistas à sua realização. Agindo dessa forma, estaria ultrapassando a sua esfera legítima de atuação e, no dizer de Ferrajoli, adentrando à esfera do indecidível, abrindo, pois, caminho para a atuação legítima da jurisdição. Em tal hipótese, se a intervenção jurisdicional não fosse possível, como pretende Avelãs Nunes, restariam a onipotência da política e os resíduos de absolutismo referidos por Ferrajoli, próprios do Estado legislativo de direito, ou seja, não haveria como falar em Estado constitucional de direito, ou mesmo em democracia constitucional, já que o poder político careceria dos devidos limites: restaria desconfigurada a própria ideia de constitucionalismo como técnica de limitação de poder com fins de garantia. Neste caso, em vez da separação de poderes atuar como forma de contenção, atuaria, antes, de modo a justificar a existência de poderes ilimitados ou, simplesmente, absolutos.¹⁰¹¹

Na verdade, é preciso enfatizar: a intervenção jurisdicional, no exemplo mencionado, uma vez esgotadas as instâncias da democracia representativa, ao invés de configurar violação, significa a atuação do princípio da separação de poderes, enquanto mecanismo de freios e contrapesos: o poder judiciário está legitimado a interferir com a finalidade de frear o poder político, mantendo-o vinculado ao seu dever constitucional de dar efetividade aos direitos fundamentais. De acordo com a proposta aqui apresentada, dita legitimidade decorre não apenas do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, conforme indicado acima, senão, também, do fato de se ter antes assegurado o espaço de conformação política, isto é, de atuação da maioria (legislativo e executivo) por meio da técnica do prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias. Nesse sentido, o mecanismo ora proposto tem por função eliminar, ou reduzir ao máximo eventual *déficit* de legitimidade no que diz respeito à intervenção da jurisdição na esfera de atuação dos demais poderes.

Convém ressaltar, que dita redução é tanto maior pelo fato daquelas instâncias terem sido provocadas por meio da participação dos destinatários das políticas sociais. Isso faz com que a atuação jurisdicional, observado esse critério de contenção, se preste a garantir não apenas os direitos fundamentais sociais, mas também o espaço reservado à democracia tanto na sua vertente majoritária, quanto na sua vertente participativa. É, pois, a partir dessas

¹⁰¹¹ Lembre-se, que foi exatamente essa a interpretação do aforismo político da separação de poderes desenvolvida no continente-europeu continental, que fez com que, naquele contexto e em outros âmbitos a ele filiados, tenha se configurado um constitucionalismo sem constituição, conforme ficou demonstrado alhures.

premissas, que se sustenta, com supedâneo na doutrina garantista de Ferrajoli, que o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias constitui elemento conformador da legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais: por meio desse arranjo institucional, assegura-se o respeito à separação de poderes e concretiza-se a democracia nas três dimensões antes referidas: a dimensão formal, a dimensão substancial e a dimensão participativa, além de potencializar a efetividade dos direitos sociais.¹⁰¹²

Em suma, pode-se concluir que, no marco institucional do Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição brasileira de 1988, com os aportes da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, é possível condicionar a intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias. Por meio deste mecanismo de contenção da jurisdição, especialmente em sede de controle difuso de constitucionalidade, potencializa-se a efetivação dos direitos sociais enquanto conteúdo substancial da democracia, ao mesmo tempo em que se assegura o espaço reservado pela Constituição à própria democracia, na sua dupla dimensão política: a dimensão representativa ou majoritária; e dimensão participativa, mantendo-se, ademais, intocável o princípio da separação de poderes. Tudo isso significa assegurar a possibilidade de intervenção da jurisdição, sem resvalar, como bem lembrado por Ferrajoli, para *el gobierno de los jueces*, nem para *a despolitización de la democracia*.¹⁰¹³

¹⁰¹² À luz do que foi dito acima, com espeque na teoria garantista, não tem sentido opor a participação popular na busca de efetividade de direitos sociais ao princípio da separação e poderes e, muito menos, afirmar que o constitucionalismo democrático reduziu a importância das instâncias da democracia representativa. Também não tem sentido afirmações como a de Mancuso segundo a qual os mecanismos de democracia participativa poderiam justificar certo ativismo judicial, o que significaria uma revisão do princípio da separação de poderes. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 286) De igual modo, não se sustenta o entendimento de Appio segundo o qual, em matéria de políticas públicas, “A intervenção do Poder Judiciário não poder ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados os mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa”. (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 150) A intervenção da jurisdição deve sempre respeitar os limites de atuação das instâncias representativas e da própria democracia participativa junto àquelas, exista ou não reserva absoluta de lei ou de algum ato do executivo. Sem isso, a jurisdição padece da falta de legitimidade democrática no seu mister de garantir a efetividade dos direitos sociais.

¹⁰¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 96-97. Para Ferrajoli, compreender como espaço reservado à jurisdição e à discricionariedade judicial somente aquele relativo às controvérsias interpretativas e às decisões sobre o significado das leis que devem ser aplicadas, deveria por si só ser suficiente para afastar o fantasma do governo dos juizes, que causa tantas preocupações à filosofia política e, sobretudo, à classe política. (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009. p. 96-97) Definindo assim o espaço de atuação da jurisdição e, de forma correlata, deixando ao espaço da política a tarefa de formulação das políticas e de destinação dos recursos especialmente em se tratando da efetividade dos direitos sociais, Ferrajoli responde as críticas daqueles que, como Andrea Greppi, o acusam desenvolver uma teoria que pode conduzir a uma despolitização da democracia.

Ao contrário disso, o que se verifica aqui é o triunfo definitivo do constitucionalismo democrático, no qual a participação da cidadania junto às instâncias da democracia representativa, aliada à possibilidade de intervenção da jurisdição, quando necessária e provocada, pode contribuir para tornar efetivas as conquistas históricas representadas pela constitucionalização dos direitos sociais.¹⁰¹⁴ Enfim, parece não ser desarrazoado concluir que, em matéria de efetividade dos direitos sociais, Ferrajoli permite chegar àquele modelo de justiça constitucional postulado por John Ely, ao anotar que deve buscar-se uma função especialmente adequada à capacidade dos juízes: “uma função cujo desempenho por parte dos tribunais não diminuirá a qualidade do desempenho dos outros órgãos, pois não tirará deles a dignidade e o fardo de sua própria responsabilidade”.¹⁰¹⁵

Dito isso, remanesce, ainda, uma pergunta final: se os direitos sociais, conforme ficou evidenciado acima, não obstante sejam considerados direitos individuais que admitem tutela dessa mesma natureza, possuem uma acentuada dimensão coletiva, de modo que as políticas destinadas à sua proteção devem ser postuladas, em juízo, preferencialmente, por meio de ações coletivas; se tal postulação deve ser antecedida do prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, como forma de legitimar democraticamente a intervenção da jurisdição; e, finalmente, se tal esgotamento se verificará a partir da participação de grupos ou comunidades de destinatários daquelas políticas junto às instâncias, organizados com esta finalidade, resta saber se, no tocante aos direitos sociais, o modelo de processo das ações coletivas está estruturado de modo a assegurar a efetiva participação dos cidadãos. É o que se analisará no próximo capítulo.

(GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

¹⁰¹⁴ Quando se ressalta a necessidade de intervenção da jurisdição apenas quando necessária, não se está, por evidente, reduzindo sua importância no cotejo das demais funções estatais na tarefa de concretizar os direitos sociais. Tem-se que aqui vale a advertência de Kelsen segundo a qual “a simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a minoria”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Sérgio Sérulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 182)

¹⁰¹⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 138.

6. DIREITOS SOCIAIS, PROCESSO E PARTICIPAÇÃO: DAS TUTELAS COLETIVAS AOS COLETIVOS DE TUTELA

6.1. Direitos sociais, processo e radicalização democrática: por uma nova gramática no modelo de processo das ações coletivas

O modelo brasileiro de processo das ações coletivas teve início basicamente com a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), prosseguindo, mais tarde, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), e completou-se com Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cuja parte processual, na qual o legislador definiu quais são e estabeleceu a conceituação dos direitos tuteláveis por meio dessas ações, juntamente com aquele segundo diploma, ou seja, com a Lei da Ação Civil Pública, compõe aquilo que se convencionou denominar microsistema processual das ações coletivas.¹⁰¹⁶

Ocorre que, por ocasião do surgimento desse modelo de processo, pelo menos no Brasil, não se cogitava acerca da proteção jurisdicional dos direitos sociais, cujas normas constitucionais que os consagram eram consideradas desprovidas de plena eficácia. Logo, ele fora concebido basicamente para a defesa de direitos decorrentes de relações de consumo e do meio ambiente, considerados direitos de terceira geração, informados pelo princípio da solidariedade, afirmando-se, assim, que tal modelo configuraria importante instrumento de democracia participativa, porquanto estimularia a participação popular na vida democrática por meio do processo.¹⁰¹⁷

Por outro lado, tem-se apresentado como fundamento para esse mesmo modelo procedimental, a teoria da sociedade de massa, afirmando-se que, uma sociedade de produção e consumo de massa, comunicação de massa, produz conflitos que exigem para sua solução um processo também de massa. Ou seja, desenvolveu-se um modelo de processo informado ao mesmo tempo pela ideia de solidariedade e de sociedade de massa, cuja compatibilidade

¹⁰¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 3; GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da defensoria pública para a ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 165, p. 299-317, nov. 2008. p. 303. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7.

¹⁰¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 119; WATANABE, Kazuo. *Tutela dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 96; GUERRA FILHO, Willis Santiago *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 35-36; BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129. O Projeto de Lei 5.139/2009 inclui a “participação social” entre os princípios informadores do sistema de tutelas coletivas (art. 3º, I), e faculta ao juiz ou tribunal a realização de audiência pública (art. 22)

deve ser colocada em questão, a fim de aferir a pertinência dessa tecnologia processual para a tutela dos direitos sociais.

Ainda com relação ao referido modelo de processo, é importante destacar que a doutrina que serviu de sustentáculo ao seu surgimento no Brasil, ainda na década de setenta, se opunha que a representação processual dos interesses coletivos ficasse adstrita a organismos estatais, mesmo no caso de interesses difusos de consumidores e preservacionistas.¹⁰¹⁸ Todavia, por força da função institucional outorgada ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, este órgão acabou tornando-se o principal protagonista no que se refere ao ajuizamento de ações coletivas, sendo ínfima a participação dos outros legitimados, especialmente as associações civis, muito embora se trate de legitimidade concorrente.¹⁰¹⁹

Como forma de ampliar a representação processual por meio de agentes públicos e proporcionar maior acesso à justiça, a Lei 11.488/2007, inseriu o inciso II ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), legitimando também a Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. O referido dispositivo legal foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3943), promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, sob o argumento de violação ao artigo 5º, LXXIV e artigo 134, *caput*, da Constituição Federal.¹⁰²⁰ A entidade alegou que a norma impugnada afetaria as atribuições do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer na sua plenitude as atividades que a Lei Maior lhe conferiu, ao mesmo tempo em que é função institucional da Defensoria Pública o atendimento às pessoas que individualmente comprovem hipossuficiência financeira.

Por sua vez, também concebido para permitir a “participação social” (art. 3º, I), tramita no Parlamento Federal o Projeto de Lei 5.139/2009, que visa instituir um novo sistema de processos coletivos, o qual inclui entre os direitos tuteláveis por meio de ações coletivas o direito à saúde, à educação, à previdência e assistência social, ao trabalho, ao desporto e à prestação de serviços públicos em geral.¹⁰²¹ Dito Projeto de Lei mantém a legitimidade

¹⁰¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰¹⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

¹⁰²⁰ Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

¹⁰²¹ Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção: I - do meio ambiente, da saúde, da educação, da previdência e da assistência social, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos.

concorrente para as ações coletivas, figurando entre os primeiros legitimados o Ministério Público e a Defensoria Pública, seguidos de outros órgãos estatais, sendo que, entre as entidades da sociedade civil, que, salvo melhor juízo, poderiam ter maior interesse na defesa dos direitos sociais das comunidades carentes, somente as associações civis figuram entre os legitimados.¹⁰²² Ainda com relação a elas, como de resto já ocorre na Lei da Ação Civil Pública, exige-se o requisito da prévia constituição há pelo menos um ano, ficando a cargo do juiz a dispensa da comprovação.

Um ponto que é importante ressaltar, é que tanto a Lei da Ação Civil Pública quanto o Projeto de Lei 5139/2009, autorizam somente os legitimados que sejam órgãos públicos a celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial.¹⁰²³ Além disso, a nova regulamentação proposta orienta-se pela doutrina da instrumentalidade do processo, dentre outros aspectos, ao incluir entre os princípios da tutela coletiva “a flexibilidade procedimental” (PL 5139/2009, art. 3º, III).¹⁰²⁴ Além disso, o projeto traz como inovação, a possibilidade de arguição incidentalmente, como questão prejudicial,

¹⁰²² Art. 6º. São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VI - Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras de Vereadores, conforme o âmbito do objeto da demanda. A ser verificado quando do ajuizamento da ação e; VII - as associações civis e as fundações de direitos privados legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros. §1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de 1 (um) ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido; §2º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

¹⁰²³ Art. 48. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento; Art. 50. O compromisso de ajustamento de conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título executivo judicial. O texto reproduz o teor do § 6º, do art. 5º da lei da ação civil pública (Lei 7347/85).

¹⁰²⁴ Sobre uma pertinente crítica à instrumentalidade do processo ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2011; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 166, p. 27-70, 2008.

da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.¹⁰²⁵ Também faculta ao juiz a realização de audiências públicas e a admissão do *amicus curiae*.¹⁰²⁶

Analisando-se o que foi dito até aqui, tem-se que o modelo de processo das ações coletivas, conforme se encontra estruturado tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda*, não atende à necessidade de participação democrática exigida para a proteção dos direitos sociais. O primeiro ponto a ser destacado é a total incompatibilidade de um modelo de processo fundado, ao mesmo tempo, na ideia de sociedade de massa e de solidariedade. As lutas democráticas em defesa de políticas públicas destinadas a proteger direitos sociais devem ser orientadas unicamente por uma lógica de solidariedade, componente agregado ao conteúdo axiológico do Estado constitucional e democrático de direito como mecanismo de busca de concretização da igualdade material, por meio da efetivação dos direitos sociais, conforme visto no quarto capítulo.

Ademais, a ideia de sociedade de massa aponta exatamente para uma direção contrária ao ideal de solidariedade: na sociedade de massa “os indivíduos encontram-se isolados uns dos outros”.¹⁰²⁷ Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio, que a sociedade de massa pode ser entendida como a sociedade em que a grande maioria da população se encontra envolta, seguindo modelos de comportamento generalizados na “produção em larga escala, na distribuição e no consumo de bens e serviços, tornado igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massa”.¹⁰²⁸

A noção de sociedade de massa surgiu num estágio avançado do processo de modernização, e se caracteriza: a) pelo desenvolvimento econômico, ocasionado pela concentração de indústrias na produção massificada de bens e no surgimento de um setor terciário cada vez mais imponente; b) pela urbanização, com a concentração da maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes situadas nas grandes cidades e nas megalópoles; c) pela burocratização, na qual se verifica “o predomínio da racionalidade formal e com a progressiva redução das margens de iniciativa individual”.

¹⁰²⁵ Art. 2º, § 2º. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser argüida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

¹⁰²⁶ Art. 22. Em qualquer tempo e grau de procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

¹⁰²⁷ BUHLUNGU, Sakhela. O reinventar da democracia participativa na África do Sul. Tradução Sara Araújo In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 166.

¹⁰²⁸ BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. 13. ed. v. 2. Brasília: UNB, 1995. p. 1211.

Todas essas características ou condições serviram para definir a tipologia e o estilo das relações sociais prevalecentes numa sociedade de massa.¹⁰²⁹

Nesse contexto, assinala Bobbio, existe a tendência de perda sucessiva dos vínculos naturais, como aqueles estabelecidos entre os membros da família e da comunidade local, os quais acabam prejudicados pelas organizações formais e pelas relações intermediadas pelos meios de comunicação de massa: “daí o notável crescimento das relações mútuas entre sujeitos às vezes sumamente distantes entre si e, ao mesmo tempo, o empobrecimento e a despersonalização dessas inter-relações, que envolvem apenas aspectos parciais e limitados da personalidade dos indivíduos”.¹⁰³⁰ Como se pode perceber, a noção de sociedade de massa aniquila com o indivíduo e sua personalidade, contrariamente do que ocorre com uma lógica de solidariedade, onde se busca exatamente o fortalecimento dos vínculos comunitários em defesa da individualidade.¹⁰³¹

Outros dois aspectos que merecem ser referenciados são: a possibilidade de arguição, em caráter incidental e prejudicial, de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e a faculdade do juiz realizar audiências públicas e admitir a figura do *amicus curiae*. Ambas as possibilidades estão contempladas no Projeto de Lei 5139/2009, as quais são relevantes especialmente no que se refere às ações coletivas em defesa de direitos sociais. Contudo, em relação à primeira proposta, há que se ter clareza, conforme predito, que os direitos sociais possuem força normativa própria; o ordenamento jurídico pátrio contemplou a aplicabilidade imediata das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais (CF art. 5º), de maneira que se pode afirmar que, entre nós, esses direitos foram expressamente positivados e são considerados plenamente justiciáveis.

Com efeito, salvo melhor juízo, em sede de ações coletivas visando a tutela de direitos sociais, deve-se arguir incidentalmente e em caráter prejudicial a inconstitucionalidade não apenas de lei ou ato normativo, mas até mesmo a inconstitucionalidade por omissão da própria Administração Pública. De qualquer forma, a possibilidade de arguição, não obstante seja conveniente, não tem necessariamente que está prevista em lei infraconstitucional. Em todo caso, cabe destacar a importância do controle descentralizado de constitucionalidade como mecanismo hábil a possibilitar a tutela jurisdicional dos direitos sociais. Nesse

¹⁰²⁹ BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. 13. ed. v. 2. Brasília: UNB, 1995. p. 1211.

¹⁰³⁰ BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. 13. ed. v. 2. Brasília: UNB, 1995. p. 1211. Sobre a questão do indivíduo e sua personalidade ver especialmente RAGAZZINI, Dario. *Teoria da personalidade na sociedade de massa: a contribuição de Gramsci*. Tradução de Maria de Lourdes Menon. Campinas: Editores Associados, 2005.

¹⁰³¹ WAMBERT GOMES, Di Lorenzo. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 44-46.

particular, concorda-se com Barroso, para quem, “sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”.¹⁰³²

No que se refere ao segundo aspecto, trata-se de duas importantes inovações. Previstas apenas em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, sua aplicação analógica ao processo das ações coletivas no primeiro grau de jurisdição já vem sendo proposta por Jânia Maria Saldanha. Para a autora, a adoção da audiência pública na forma retrocitada se afigura extremamente importante, especialmente tendo em vista que as ações coletivas freqüentemente discutem questões envolvendo comunidades locais, às vezes regionais. Sendo assim, a adoção de tal expediente viabilizaria a “abertura do processo à sociedade”, mediante a ampliação dos sujeitos processuais, permitindo, assim, através da reafirmação da oralidade, a democratização do processo por meio da participação na construção coletiva da decisão, fortalecendo, dessa forma, as comunidades locais, suas demandas, etc. Significaria, pois, “uma inversão de papéis no cenário da homogeneização neoliberal”. Numa frase: significaria uma verdadeira “radicalização da democracia”.¹⁰³³

Também o *amicus curiae* significa uma importante abertura do processo à participação popular, possibilitadora do enriquecimento do debate judicial acerca das mais diversas questões jurídicas e dos valores sociais, o que “seguramente contribui para o incremento da legitimidade e pluralidade das decisões proferidas pelo poder judiciário”.¹⁰³⁴ Com efeito, para a referida autora, seria importante a admissão também dessa nova figura jurídica no primeiro grau de jurisdição, no âmbito das ações de natureza coletiva, especialmente se tratando de demandas para a proteção de direitos sociais, que envolvem interesses de coletividades. As duas figuras, ou seja, a audiência pública e o *amicus curiae*, se admitidas no primeiro grau de jurisdição, no processo das ações coletivas, se prestariam a quebrar a estrutura vertical da jurisdição, possibilitando que a justiça passe a ser praticada de forma horizontal. Significa, em fim, “o exercício político da solidariedade de modo a expressar uma visão comunitária do

¹⁰³² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

¹⁰³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 97.

¹⁰³⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 97.

direito [...], além de atuarem como condição para legitimar democraticamente a jurisdição”.¹⁰³⁵

Assiste razão a Jânia: é, simplesmente, indiscutível a importância da audiência pública e do *amicus curiae* no primeiro grau de jurisdição, em sede de ações coletivas, incluindo a consideração de que os mesmos devem integrar os demais elementos conformadores da legitimidade da jurisdição, antes referidos. De fato, a importância se avulta na medida em que se trate de demandas coletivas para a proteção de direitos sociais que envolvem coletividade de indivíduos, possibilitando não apenas o atendimento de necessidades comuns, mas estimulando a valorização espaço público e a prática da solidariedade, em contraposição ao individualismo (neo)liberal. Também, o debate em audiência pública e a presença do *amicus curiae* têm o mérito no sentido do enfrentamento do problema da indeterminação do conteúdo dos direitos sociais, aspecto do qual não se pode descurar, já que pode ser utilizado como eventual argumento para justificar a impossibilidade de justiciabilidade desses direitos.

Todavia, exatamente em virtude do perfil democratizador do processo e legitimador da jurisdição, a consagração desses dois novos institutos jurídicos jamais pode ser adotada como uma simples faculdade do julgador, conforme previsto no Projeto de Lei 5139/2009. A natureza mesma do processo coletivo, cuja lógica de solidariedade aponta já para uma concepção de democracia participativa, conforme se ouviu no terceiro capítulo, não pode permitir que fique à livre escolha do juiz a opção de aderir ou não às práticas democráticas, notadamente quando se trata de litígios envolvendo questões que dizem respeito a grupos ou comunidades de indivíduos carentes de serviços públicos.

Consoante anotam Bolzan, Saldanha e Espíndola, não há como deixar de por em destaque a importância do ente estatal e da perspectiva social na reflexão sobre o problema da concretização dos direitos, especialmente os de conteúdo social, diríamos nós, impondo-se “um redimensionamento das práticas processuais”. Nesse contexto, dizem os autores, a matriz individualista de processo “precisa ceder face às exigências de solidariedade e de democracia participativa” e a atuação jurisdicional não pode manter-se indiferente a esse novo cenário que se descortina.¹⁰³⁶ Muito menos com a autorização do legislador.

¹⁰³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 97.

¹⁰³⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 139.

Por outro lado, não se pode afirmar que a obrigatoriedade de realização de audiência pública e da admissão do *amicus curiae* ao processo, em caso de ações coletivas, notadamente visando à proteção de direitos sociais, significa uma “radicalização da democracia”. É preciso antes considerar que tem de haver processo. É aqui que surge um ponto que se considera fundamental em toda essa problemática, e que mais de perto interessa à presente investigação, que é a questão da legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas. Dita questão já era complicada antes mesmo da preocupação com a tutela dos direitos sociais por meio dessas ações, fazendo mesmo com que esse modelo de processo não desfrute ainda hoje do merecido prestígio.

Sobre o assunto, afirma Nery Junior, que o processo das ações coletivas não tem sido devidamente compreendido por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais não lhe têm atribuído a devida importância. Considera o autor, que o referido modelo processual se afigura útil e indispensável para o exercício dos direitos garantidos pela Constituição Federal. No entanto, diz ele, o mesmo vem sendo “apequenado com interpretações subalternas, que não condizem com sua magnitude institucional”, destacando que um dos principais aspectos do desprezo por este modelo procedimental está na importância que se dispensa à legitimidade para propor a demanda, pretendendo-se que aquele que comparece em juízo demonstre cabalmente ser o titular do direito processual de ação.¹⁰³⁷

Também para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as ações coletivas constituem um poderoso instrumento no sentido de oferecer soluções para parte dos problemas do judiciário brasileiro. Todavia, diz o autor, tal sistema não tem funcionado no Brasil, especialmente em virtude do rigor adotado pelos magistrados na aferição da legitimidade para agir.¹⁰³⁸ Ora, se

¹⁰³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Prefácio. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. Ver também a respeito MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 15. Nessa mesma linha, pondera Jânia Maria Saldanha que, as ações coletivas, ao lado do Compromisso de Ajustamento de Conduta, constituem importantes alternativas ao modelo clássico de processo, apresentando o segundo, inclusive, um caráter nitidamente preventivo, mas que, por não fazerem parte da “linguagem hegemônica do processo”, não lhes é reconhecida a devida importância. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27)

¹⁰³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Colóquio realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, no dia 29 de setembro de 2009. Trata-se de uma postura absolutamente antidemocrática e descompromissada da jurisdição, que aponta até mesmo para certa incompreensão do seu papel no Estado Democrático de Direito, ou talvez até acerca desse arranjo político-institucional. A esse respeito, afirma Jânia Maria Saldanha que “uma radical democratização da jurisdição impõe-se como uma resposta diante do pouco valor que se atribui à perspectiva coletiva de processo, o que somente poderá resultar da superação do individualismo para que se reconheça valor ao comunitário, perdido no tempo da modernidade”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a

assim já era em relação às ações coletivas para a defesa do meio ambiente, daqueles direitos decorrentes de relações de consumo etc., é de se imaginar o que pode ocorrer com relação às ações em defesa de direitos sociais, pelo próprio nível de polêmica que a temática já comporta. De fato, no que diz respeito à proteção jurisdicional desses direitos, a situação envolvendo a questão da legitimidade para as ações coletivas já é, e poderá continuar sendo bastante questionável.

Como se viu acima, o único grupo da sociedade civil que, pelo menos em tese, poderia ter maior interesse pela luta democrática em defesa da efetivação dos direitos sociais, constante do rol dos legitimados para ações coletivas, de acordo com o Projeto de Lei 5139/2009, que incluiu tais direitos entre aqueles tuteláveis por meio dessas ações, é o das associações civis, exigindo-se, para tanto, o requisito da pré-constituição, que poderá ser dispensado, a critério do juiz, no caso concreto. Este, porém, não seria o maior problema.

Considerando-se o fato de que os direitos sociais refletem o direito a prestações positivas por parte do Estado, que, por sua vez, consistem em obrigação de fazer; e também considerando a importância e mesmo a indispensabilidade da prévia participação dos grupos interessados junto às instâncias ordinárias da democracia, na tentativa de obter solução para suas carências, não é difícil perceber que um poderoso instrumento que poderia ser utilizado junto a essas instâncias é exatamente o Compromisso de Ajustamento de Conduta, com eficácia de título executivo extrajudicial.

No entanto, como ficou demonstrado acima, tanto de *lege lata*, quanto de *lege ferenda*, apenas os legitimados que forem órgãos públicos estão autorizados a celebrar o referido ajuste. Isso equivale dizer, que estar-se negando, mesmo às associações civis, legitimidade para atuar no espaço público em defesa de políticas estatais destinadas à proteção dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que se contribui para agravar mais ainda a crise do sistema de justiça, porquanto o referido documento pode suprimir a denominada fase de conhecimento do processo, com ganhos tanto para o ente estatal, quanto para os cidadãos. Retira-se, assim, da cidadania, a possibilidade de se utilizar da democracia participativa e das possibilidades por ela oferecidas, para a realização dos seus direitos, deixando essa possibilidade nas mãos apenas de agentes do próprio Estado.

Além disso, o modelo de processo das ações coletivas, que deveria funcionar como um efetivo instrumento de participação popular por meio do processo, especialmente tendo em

(in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 94.)

conta a importância de tais ações para a efetivação dos direitos sociais, passa a ser objeto de disputa entre diferentes órgãos do Estado, como vem ocorrendo entre o Ministério Público e Defensoria Pública, em que o primeiro avoca para si o papel de principal protagonista no que se refere à titularidade da ação civil pública, conforme referido acima.

Aliás, há que ficar claro que, em todo esse contexto, o que se verifica é, ora o enfrentamento entre diferentes órgãos do Estado, ora diferentes órgãos encarregados da mesma função, enquanto o cidadão fica desprotegido: não obtendo o cidadão, aquilo que necessita por meio da representação política, em sentido amplo, esta poderá ser instada a fazê-lo por meio de intervenção da jurisdição, mediante a provocação de outros órgãos estatais. Como decorrência, naquilo que seria o espaço da democracia participativa, ou seja, no espaço das lutas democráticas da cidadania em defesa dos direitos, verifica-se, parafraseando Bolzan de Moraes, uma luta do Estado contra ele mesmo, enquanto o cidadão e as comunidades ficam sempre na dependência de certos agentes estatais e, portanto, desprotegidas.¹⁰³⁹

A esse respeito é importante e oportuna a observação de Daniel Sarmiento. Segundo ele, não seria possível eliminar a possibilidade de ações individuais para a tutela de direitos sociais, porquanto isso fragilizaria a garantia de tais direitos, uma vez que tornaria os portadores das necessidades sociais dependentes dos legitimados para a propositura de demandas coletivas, já que entre estes não figura o próprio titular do direito lesado.¹⁰⁴⁰ Considera-se correto o raciocínio de Sarmiento, o mesmo podendo dizer-se em relação à ausência de legitimação a grupos e comunidades para o ajuizamento de ações coletivas na defesa de políticas para proteção daqueles direitos. Dito de outro modo, o sistema de legitimação para a propositura de ações coletivas, da forma como está estruturado, acaba tornando os beneficiários das políticas sociais dependentes da iniciativa dos próprios agentes estatais legitimados para a propositura de tais ações.

Veja-se que, em tal situação, o cidadão e, especialmente comunidades de cidadãos, ficam, no tocante à tutela dos seus direitos, de alguma forma, dependentes de algum órgão que integra a estrutura do poder estatal, seja em relação aos seus representantes, na seara

¹⁰³⁹ Conforme o jurista gaúcho, a disputa pela efetivação dos direitos sociais no ambiente jurisdicional é uma das marcas da contemporaneidade, na qual se percebe, diante das dificuldades de concretização do Estado social, um embate do Estado contra ele mesmo. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al.* *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 183; O Estado constitucional entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 170)

¹⁰⁴⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos social: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 585.

política, seja, ainda, em relação a outros órgãos, conforme retrocitado. Considera-se, pois, essa circunstância uma patologia do sistema exatamente porque a participação visa preencher os espaços abertos quando os representantes, legislativo ou executivo, deixam de atuar ou atuam insatisfatoriamente. Essa é possibilidade da democracia participativa e seu espaço de atuação, que permitem a oposição dos direitos fundamentais aos poderes majoritários (Ferrajoli), o que fica prejudicado em face de um inadequado sistema de representação processual: remanesce a falta de limitação do poder político.

Com efeito, não se pode olvidar que a participação surge como mecanismo para compelir aqueles agentes estatais que deixam de fazer algo a fazer aquilo que lhes compete, inclusive com a intervenção da jurisdição, quando necessária. Ora, se iniciativa da provocação fica a cargo de outros órgãos estatais, que também podem não agir, a democracia deixa de atuar, deixa de cumprir seu papel de coadjuvante na tarefa de opor os direitos fundamentais aos poderes públicos, na perspectiva ferrajoliana. Em sentido contrário, cabendo a iniciativa aos próprios beneficiários das políticas públicas, o sistema democrático se completa: fecha-se o sistema de garantias dos direitos fundamentais, com a indispensável salvaguarda da jurisdição. É nesse sentido que a democracia participativa e o processo jurisdicional atuam como mecanismos efetivos de resistência contra omissões estatais injustificadas.¹⁰⁴¹ Trata-se, aqui, em definitivo, de radicalizar a democracia: de levá-la às suas últimas consequências.

Porém, como se pode perceber, não se reconhecendo legitimidade aos grupos de portadores das necessidades sociais, ou lhes assegurando uma legitimidade a meio caminho, resta uma lacuna no que diz respeito aos mecanismos de contenção do poder político. É de se notar, ainda, que existem sempre as questões de natureza ideológica, os preconceitos que cada um traz consigo etc. É também para fazer frente a toda essa problemática, que a participação dos cidadãos faz-se indispensável: se a representação parlamentar ou a administração não adota medidas tendentes a satisfazer as necessidades do grupo ou da comunidade, aquele ou esta pode, por meio da sua representação, sua associação etc., lançar mão de um processo democrático, num primeiro momento extrajudicial, num segundo momento, jurisdicional, para buscar a solução almejada: sem esse mecanismo, não há que se falar em democracia na sua plenitude.

Dois exemplos a respeito parecem elucidativos do que se deseja expressar. Por ocasião do IX Congresso Nacional dos Defensores Públicos, no painel sobre o direito fundamental à

¹⁰⁴¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 98.

moradia, o Defensor Público Jean Carlos Nunes Pereira, durante a sua intervenção, exortava seus colegas com relação aos preconceitos e às questões de natureza ideológica, que poderiam comprometer a atuação desses profissionais na sua função de defesa dos direitos das comunidades carentes, por meio da ação civil pública. O conferencista utilizou como argumento o famoso Sermão da Montanha, no qual Jesus Cristo proclama: “bem aventurados os que têm fome e sede de justiça”.¹⁰⁴² O apelo pode fazer muito sentido dependendo do credo do profissional: se for um ateu, um agnóstico, ou um “cristão desviado”, a coletividade, por certo, correrá sério risco de ficar desamparada.

No que se refere ao Ministério Público, a situação não é diferente. O artigo 127 da Constituição Federal estabelece que, trata-se de uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, a quem incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Entre as suas funções institucionais inclui-se, ainda, além de outras, a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art, 129, II).

Contudo, o § 1º do art. 127 prescreve como princípios institucionais do referido órgão “a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. Já o § 2º do mesmo artigo estabelece que, “ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional”. Com base nesses dispositivos constitucionais afirma-se que, pelo princípio da independência funcional, os membros do Ministério Público não devem subordinação intelectual ou ideológica a quem quer que seja, podendo atuar segundo os ditames da lei, do seu entendimento pessoal e da sua consciência.¹⁰⁴³ Não demanda maiores esforços para inferir que, num modelo de processo em que os membros do órgão estatal legitimado para propor ação em defesa de direitos sociais, atuam de acordo com o seu “entendimento pessoal” e com a “sua consciência”, o sistema de garantias processuais está incompleto e os direitos dos cidadãos em perigo.¹⁰⁴⁴

O outro exemplo pode ser extraído de Tomaz de Oliveira. Ao referir-se às situações de privação vividas pelas pessoas mais necessitadas, em virtude da escassez de recursos para prover serviços públicos essenciais, enquanto o País paga elevadas quantias a título de juros

¹⁰⁴² PEREIRA, Jean Carlos Nunes. *Direito à moradia adequada*. IX Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Campo Grande – MS, 18/11/2010.

¹⁰⁴³ Disponível em: <http://www.prms.mpf.gov.br/conheca-o-mpf/ministerio-publico-no-brasil/principios-constitucionais>. Acesso em 15/10/2012.

¹⁰⁴⁴ Não se desconhece que a legitimidade do Ministério público para propor ações coletivas é concorrente. Estabelece o § 1º, do art. 129 que: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Contudo, conforme aludido acima, foi esse órgão estatal que adquiriu maior protagonismo, no Brasil, em matéria de demandas coletivas.

da dívida externa, o autor recorda que a Constituição de 1988 dotou o ordenamento jurídico de importantes instrumentos processuais para enfrentar problemas dessa natureza, como é o caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no artigo 103, § 2º, a qual poderia ter sido utilizada para dar efetividade ao artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual estabeleceu que, após um ano da promulgação da Carta, deveria ser realizada uma auditoria na dívida externa, para o fim de apurar o seu saldo devedor.¹⁰⁴⁵

Porém, anota ele, só recentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental visando tornar efetivo o referido dispositivo constitucional, estando a referida ADPF ainda aguardando julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁴⁶ Pede-se permissão ao autor, para discordar num ponto: a Constituição não dotou o sistema de instrumentos processuais adequados, porquanto não outorgou legitimidade para que as pessoas efetivamente interessadas pudessem tomar a iniciativa de provocar a jurisdição. Veja-se que, há anos, existe um movimento social denominado “Campanha Jubileu Sul”, que luta para ver auditada a dívida externa brasileira, nos termos da Constituição Federal, mas nada pode fazer além de realizar um plebiscito, no ano de 2000, que recebeu mais de seis milhões de votos a favor, mas que, todavia, não produziu nenhum resultado.¹⁰⁴⁷ Ou seja, se tivesse legitimidade, teria ajuizado a competente ação.¹⁰⁴⁸

Contudo, nada do que foi dito até aqui, significa que não se reconheça a importância do Ministério Público e da Defensoria Pública, que podem ser considerados atualmente os principais legitimados para o ajuizamento de ações coletivas em defesa de direitos sociais: o que se deseja sustentar é que suas funções, nesse tipo de processo, não deve “retirar” dos interessados o poder de iniciativa processual e extraprocessual, deixando-os a mercê de agentes do próprio Estado que lhes tem sonogado esses mesmos direitos. Afirmar a democracia participativa por meio do processo e, ao mesmo tempo, retirar dos cidadãos o

¹⁰⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008. p. 73-74.

¹⁰⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008. p. 74.

¹⁰⁴⁷ CARNEIRO, Maria Lucia Fattorell. *Auditoria da dívida eterna: questão de soberania*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

¹⁰⁴⁸ Sobre esse assunto, anota Ferrajoli que, na moderna experiência constitucional, são inumeráveis as violações e incumprimentos de direitos que, não obstante fundamentais, são carentes de sanção, de acionabilidade, como é o caso dos direitos sociais, cuja falta de satisfação não é, em muitos casos, acionável, não estando, portanto, garantidos judicialmente. Mesmo a anulação de atos inválidos por violação a direitos fundamentais nem sempre pode ser promovida por ação dos interessados: no direito italiano, ainda quando uma das partes em juízo requeira, só pode ser promovida por iniciativa de um juiz, e não diretamente pela pessoa afetada. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I. Madrid: Trotta, 2011. p. 639-640)

poder de iniciativa, configurado pela legitimidade para firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta e ajuizar ações coletivas, significa aprisionar a democracia. Ou, tomando de empréstimo as palavras de Felipe Miguel, apostar numa “democracia domesticada”.¹⁰⁴⁹

Com efeito, nessa perspectiva, entende-se que o papel da Defensoria Pública, no processo coletivo, deve ser simplesmente o de patrocinadora da causa daqueles grupos ou comunidades que, em regra, são financeiramente hipossuficientes, e não atuando como parte. Dito de outra forma, não havia necessidade de alteração legislativa para outorgar legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. De igual modo, o Ministério Público deve atuar como *custos legis*: ambas as instituições, juntamente com o Poder Judiciário formando um sistema de garantias dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere aos direitos sociais, atuando cada membro imbuído daquilo que Lenio Streck denomina “sentimento constitucional-concretizante”.¹⁰⁵⁰

Quanto à iniciativa da provocação, por imperativo da própria democracia, deve caber, preferencialmente, aos portadores das necessidades sociais ou econômicas, ou seja, aos beneficiários das políticas públicas. Assim, ninguém estará atuando ou deixando de atuar conforme seus preconceitos, sua ideologia, sua crença religiosa ou sua consciência, e a cidadania não ficará na dependência de uma ou outra forma de pensar. Isso não parece difícil de compreender: uma coisa é uma comunidade reconhecer-se como um grupo cujos membros são titulares do direito fundamental à assistência judiciária integral e gratuita, nos termos da Constituição e, correlatamente, reconhecer num Defensor Público o servidor público que proverá o patrocínio da sua causa por um dever de ofício; outra coisa é ficar esperando que tal órgão estatal adote alguma iniciativa em defesa dos seus direitos.

Veja-se que, aqui, não há relação de dependência no que se refere à iniciativa de demandar: a relação é de direito de uma parte e dever da outra: direito à assistência judiciária gratuita nos termos da Constituição e da lei, e dever funcional do servidor público. O mesmo se pode dizer com relação ao Ministério Público: ele deve ser visto pela comunidade como alguém que vai zelar pela correta aplicação da lei, inclusive constitucional, no que se refere à proteção dos direitos sociais, e não como uma instituição da qual os cidadãos dependem para

¹⁰⁴⁹ MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 483-511, 2002.

¹⁰⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p 5.

tomar a iniciativa de acionar a jurisdição ou outros órgãos públicos em busca de proteção dos seus direitos.¹⁰⁵¹

Em última análise, isso significa uma preocupação em resguardar a própria democracia enquanto mecanismo que potencializa a garantia dos direitos fundamentais, na qual o cidadão precisa acreditar. Sem a crença na democracia, diz Alain Touraine, “os indivíduos mais generosos e os mais activos dão-se a causas humanitárias, ao passo que a ação política já não surge senão como uma profissão, por vezes mesmo própria de uma classe, e é recusada como estranha às necessidades profundas dos indivíduos”. Com efeito, segundo ele, é preciso procurar o que pode dar “vida, força e paixão à democracia, a essa palavra frouxa, mais frequentemente citada nos discursos oficiais e nas organizações internacionais que nos bairros ou nas nações pobres”. Enfim, há que se recordar com o autor, que “a democracia não é apenas um conjunto de instituições, por indispensáveis que sejam: ela é, em primeiro lugar, uma reivindicação e uma esperança”.¹⁰⁵²

A partir dessa ordem de considerações, é possível concluir que um modelo de processo coletivo, pensado para a proteção jurisdicional dos direitos sociais, concebido como instrumento de democracia participativa, informado, portanto, por uma lógica de solidariedade, terá que adotar uma nova gramática, na qual se ponha a ênfase imediata nos “coletivos de tutela”, e somente de forma mediata nas “tutelas coletivas”, enquanto resultado do processo jurisdicional no plano do direito material. Por “coletivos de tutela” deve entender-se quaisquer grupos ou comunidades organizadas para lutar em defesa de políticas estatais destinadas ao atendimento das necessidades materiais dos mais carentes e à consequente redução das desigualdades sócio-econômicas, ou seja, para lutar pela efetividade dos direitos sociais.

Entre esses grupos ou comunidades devem incluir-se, necessariamente, as associações de moradores, as centrais de favelas, os conselhos comunitários de um modo geral, os conselhos de orçamento participativo, os remanescentes de quilombos, as comunidades indígenas, as vítimas de combate ao desmatamento, os sem-teto, as quebradeiras de coco, as

¹⁰⁵¹ Isso não significa que esses órgãos, ou seja, o Ministério Público e a Defensoria Pública não devam deter legitimidade para propor ações coletivas em defesa de direitos sociais. Inclusive, no caso do MP, dita legitimidade está prevista na própria Constituição, conforme referido acima. Entende-se, todavia, que tal deve ocorrer, preferencialmente, em relação àqueles grupos mais vulneráveis, de que são exemplos: as crianças, os adolescentes, os idosos etc. Fora isso, parece que, pelo extenso rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, especialmente após a nova redação dada pela Emenda Constitucional 64/2010: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Assim, entende-se que o ideal seria que os próprios destinatários das políticas destinadas à sua proteção se organizassem para postular tais políticas em juízo e, antes, fora dele.

¹⁰⁵² TOURAINE, Alain. *O que é democracia?* Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 267-268.

associações de pais e professores, os egressos dos regimes de cotas étnico-raciais em universidades, os marisqueiros e tantos outros.

A eles deve ficar reservado o espaço destinado à democracia participativa, a qual lhes permitirá, num primeiro momento, a atuação junto às instâncias democráticas ordinárias, na busca de soluções para as suas carências e, de forma subsidiária, junto à jurisdição, agora duplamente legitimada pelo seu papel de poder contramajoritário, ou de contrapoder, e pelo prévio esgotamento daquelas instâncias. Tudo isso somente será possível mediante a autorização legislativa para celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta, especialmente junto à Administração Pública, e a ampliação da legitimidade para o ajuizamento de eventuais ações coletivas.

Além disso, essa nova gramática deve incluir, também e necessariamente, as audiências públicas e o *amicus curiae*, como forma de democratizar o próprio processo jurisdicional. Em suma, considerando-se que os direitos fundamentais, incluídos entre eles os direitos sociais, nas palavras de Ferrajoli, constituem o conteúdo substancial da democracia, é possível concluir que um modelo de processo assim delineado é, ao mesmo tempo, democrático e democratizante. Com efeito, somente deixando os mecanismos processuais destinados à tutela dos direitos sociais à disposição dos próprios destinatários das políticas destinadas à satisfação daqueles direitos, somados à obrigação do juiz de realizar audiência pública e admitir o *amicus curiae*, é que se pode falar em radicalização da democracia.

6.2. Direitos sociais, processo e participação cidadã: entre os “tigres de Bengala” e a democracia

Por certo, alguém poderia objetar contra as ideias aqui desenvolvidas, afirmando que as pessoas não têm a disposição ou o interesse em participar da vida democrática das suas comunidades. Esse argumento, no entanto, não parece válido. Em primeiro lugar, deve ter-se em conta que não existe, especialmente no Brasil, uma “cultura de participação”, muito menos no que se refere à defesa de direitos humanos.¹⁰⁵³ É necessário, portanto, desenvolver essa cultura. Além do mais, toda essa problemática relativa à participação está, até certo

¹⁰⁵³ É muito comum, especialmente entre os mais pobres, ouvir-se a afirmação segundo a qual os direitos humanos só existem para proteger bandidos. Evidentemente que isso decorre da forma como a grande imprensa costuma noticiar a atuação de grupos de defesa de direitos humanos junto a presídios, por exemplo. Se essa mesma imprensa cumprisse com seu dever de efetivamente informar o cidadão, talvez a compreensão acerca dos direitos humanos fosse diferente. Na verdade, como diz Rogério Sottili, o que sempre vigorou no Brasil não foi a cultura de defesa, e sim uma cultura de violação dos direitos humanos. (SOTTILI, Rogério. Entrevista à Rede Brasil Atual. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/rogerio-sottili-populacao-de-rua-de-sp-sera-prioridade>. Acesso em 24/02/2013)

ponto, relacionada ao modelo econômico que, por sua vez, acha-se umbilicalmente vinculado à tradição liberal-individualista.

Trata-se, pois, de uma questão paradigmática que, não obstante tenha ocorrido sua superação tanto no plano teórico quanto no plano institucional, com a consagração constitucional do Estado democrático de direito, ainda precisa ser superada no âmbito das suas estruturas organizacionais, assim como nas práticas sociais. Nesse sentido, recorda Jânia Maria Saldanha, que o individualismo acha-se enraizado na própria vida da sociedade, sendo, portanto, os valores dessa sociedade que precisam ser transformados.¹⁰⁵⁴

Em segundo lugar, é importante não esquecer a lição de Amartya Sen, a respeito da “força das necessidades econômicas”. Lembrando os perigos enfrentados pelos coletores de mel da “bela floresta”, que são frequentemente atacados pelos “tigres de Bengala”, o autor afirma que quando o “ano é bom”, cerca de mais de cinquenta coletores de mel são mortos pelos animais. Ressalta ele que, enquanto os tigres são protegidos por lei, “nada protege os miseráveis seres humanos que tentam ganhar a vida trabalhando naquela floresta” que, ao mesmo tempo em que é densa e bela, é também muito perigosa. Segundo Sen, essa é uma simples ilustração da força das necessidades econômicas: “a pobreza impele os seres humanos a correrem riscos terríveis”, até mesmo de morte.¹⁰⁵⁵

Reside exatamente nesse ponto a importância do espaço para a participação das comunidades, especialmente as mais carentes, junto às instâncias ordinárias da democracia, na defesa de políticas destinadas à satisfação de suas carências: a certeza de que não sendo atendidas, existe uma instância democrática especial à qual elas podem recorrer para ter os seus direitos garantidos e que, a partir dessa dinâmica, estará plenamente legitimada. Com

¹⁰⁵⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 94. Para a autora, “pensar as relações sociais em termos de atendimento dos interesses e necessidades da comunidade pode ser o primeiro passo para a revolução democrática da própria jurisdição”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 94-95)

¹⁰⁵⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 173-174. Esclarece o autor que, na orla do golfo de Bengala, no extremo sul de Bangladesh e Bengala ocidental, está situado Sunderban, que quer dizer “bela floresta”, habitat natural do famoso tigre real de Bengala, “um animal magnífico dotado de graça, velocidade, força e uma certa ferocidade”. Atualmente restam poucos desses animais, mas os remanescentes estão protegidos por uma lei que proíbe a sua caça. A floresta também é famosa pelo mel ali produzido num grande conglomerado de colméias. “Os habitantes dessa região, desesperadamente pobres, penetram na floresta para coletar o mel, que nos mercados urbanos alcançam ótimos preços”. Porém, para coletar o mel, os trabalhadores precisam escapar dos tigres. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 173)

efeito, se a pobreza impele as pessoas a enfrentar a ferocidade dos “tigres de Bengala” para garantir alguma forma de sobrevivência, evidentemente que também será capaz de estimular a participação na vida democrática em busca de políticas destinadas ao atendimento de suas necessidades básicas. Não o farão, todavia, se tiverem a percepção de que não chegarão a lugar algum, ou seja, de que suas lutas serão infrutíferas.

No Brasil, assim como em outros lugares, as pessoas enfrentam as carvoarias, os lixões, as pedreiras, trabalham em regime de escravidão ou em outras atividades degradantes, porque não têm a quem recorrer: não conhecem as possibilidades oferecidas pela democracia.¹⁰⁵⁶ A esse respeito, anota Flávia Piovesan, que a Declaração de Viena estabelece a interdependência entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Nesse sentido, esclarece a autora, no âmbito da concepção contemporânea, formou-se uma consciência segundo a qual não existem direitos humanos sem democracia. Significa dizer que o único regime de governo compatível com o ideal de proteção dos direitos humanos é o regime democrático.¹⁰⁵⁷

Com efeito, recorda Flávia Piovesan, que o pleno exercício dos direitos políticos pode significar o “empoderamento das populações mais vulneráveis, o aumento da sua capacidade de pressão, articulação e mobilização política”.¹⁰⁵⁸ Nessa perspectiva, assegurar a possibilidade de participação na vida democrática significa, também, garantir o exercício dos direitos políticos e o reconhecimento de sua indispensabilidade para a efetivação dos direitos sociais.

¹⁰⁵⁶ Não é incomum pessoas de comunidades carentes chamarem reportagens de emissoras de rádio e de televisão para denunciarem suas mazelas, o abandono em que vivem, a ausência do poder público. Às vezes procuram a imprensa sensacionalista na esperança de que isso possa exercer algum tipo de pressão, sem se darem conta que, no mais das vezes, estão sendo exploradas mais uma vez. Nessa direção, é interessante a afirmação do Jornalista Jânio de Freitas, segundo a qual: “A omissão jornalística dos assuntos de dimensão social resulta na omissão das pressões políticas e administrativas implícitas no jornalismo. Não por outro motivo foi sempre tão fácil para o poder político, décadas após décadas, preservar no Brasil as desigualdades sociais em todas as suas muitas formas, sem complacência nem sequer com as mais perversas”. (FREITAS, Jânio de. Sensacionalismo e violência em São Paulo. Folha de São Paulo, edição de 11/11/2012)

¹⁰⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 703.

¹⁰⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 703. Lembra a autora que, atualmente, dos duzentos Estados que compõem a ordem internacional, cento e quarenta deles realizam eleições periódicas. No entanto, somente oitenta e dois Estados, o equivalente a cinquenta e sete por cento da população mundial, são considerados efetivamente democráticos. Isso significa uma evolução, uma vez que em 1985, esse número era de apenas quarenta e quatro Estados, o que correspondia trinta e oito por cento da população mundial. (PIOVESAN, Flávia. Plano global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 703)

De fato, de acordo com Amartya Sen, existem amplas inter-relações entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação de necessidades econômicas. Essas relações atribuem à democracia e aos próprios direitos políticos um caráter tanto instrumental quanto construtivo, de maneira que a intensidade das necessidades econômicas em vez de diminuir aumenta a urgência das liberdades políticas.¹⁰⁵⁹ Pelo seu caráter instrumental, os direitos políticos e civis e, por conseguinte, a democracia, “dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação política apropriada”. A resposta do governo ao sofrimento intenso do povo frequentemente depende da pressão exercida sobre esse governo, e é nisso que o exercício dos direitos políticos pode realmente fazer a diferença.¹⁰⁶⁰

Por outro lado, a relação entre liberdades políticas, democracia e necessidades econômicas pode ter também um papel construtivo, no sentido de que o exercício dos direitos políticos possibilita não apenas resposta política a necessidades econômicas, mas contribui para a própria conceituação, ou seja, o papel construtivo das liberdades políticas possibilita a própria compreensão no que tange às necessidades econômicas. Significa dizer que, uma compreensão adequada acerca de quais são as necessidades econômicas, seu conteúdo, sua força, exige discussões e diálogos.¹⁰⁶¹

Essas noções vêm ao encontro de tudo que se tem afirmado aqui: a importância da participação nas instâncias ordinárias da democracia não apenas para reivindicar, senão também para colaborar na formulação das políticas públicas. Além disso, é bastante significativa a ideia do diálogo como forma de identificar e conceituar as necessidades sociais, ou econômicas, como se refere o autor. A importância fica ressaltada na medida em que os direitos sociais possuem um conteúdo indeterminado, conforme restou consignado acima com Ferrajoli. Também ganha relevo no que se refere ao dever de progressividade, cláusula contemplada na Convenção Americana de Direitos Humanos, que requer não apenas a identificação, mas também a conceituação das atuais e de novas necessidades.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 175.

¹⁰⁶⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 178.

¹⁰⁶¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 180.

¹⁰⁶² O dever de progressividade dos direitos sociais acha-se contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos nos seguintes termos: Artigo 26. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo

Há que se reconhecer, todavia, que tanto o caráter instrumental quanto o caráter construtivo das liberdades políticas e da democracia referidos por Amartya Sen, torna-se insuficiente na falta de uma jurisdição comprometida e de um modelo de processo estruturado de modo a permitir a participação e a proteção jurisdicional dos direitos sociais. Aproxima-se dessa assertiva a afirmação do economista indiano segundo a qual, por mais valiosa que seja a democracia como fonte fundamental de oportunidades sociais, “existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais: a realização da justiça social depende não só de formas institucionais, mas também de prática efetiva”.¹⁰⁶³ Enfim, girando toda essa problemática em torno especialmente da questão da representação processual dos direitos sociais em juízo, é preciso situá-la no âmbito da teoria do processo, o que requer a análise de uma das suas mais importantes categorias: as condições da ação.

6.3. O esgotamento das instâncias democráticas ordinárias como pressuposto processual específico do modelo de processo das ações em defesa de direitos sociais

Desenvolvida por Liebman, por meio da sua teoria eclética, a doutrina das condições da ação tem se revelado um dos pontos mais controvertidos da teoria do processo na atualidade, sendo cada vez maior o número daqueles que propugnam pelo seu abandono.¹⁰⁶⁴ Para o autor italiano, a ação, não obstante seja abstrata, não é genérica estando relacionada a uma determinada hipótese devidamente individualizada, surgindo no momento em que alguém se encontra numa situação de fato que justifique a intervenção da autoridade judiciária. Com efeito, concebeu ele a ação não como o simples direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional, mas o direito a um provimento jurisdicional sobre o mérito da demanda, devendo, pois, para sua configuração, serem preenchidas determinadas condições.¹⁰⁶⁵

Conforme sua doutrina, as condições da ação são os requisitos que têm de concorrer para a existência do direito de ação, devendo sua presença ser investigada pelo juiz,

Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

¹⁰⁶³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 186-187.

¹⁰⁶⁴ Por todos: SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁰⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 115-116; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63.

preliminarmente ao exame do mérito. Somente se pode considerar existente a ação se estiverem presentes esses requisitos, surgindo, destarte, para o juiz, o dever de pronunciar-se sobre o pedido da parte, acolhendo-o ou rejeitando-o. As condições da ação são, pois, requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito, isto é, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo.¹⁰⁶⁶

A doutrina das condições da ação foi consagrada no sistema processual brasileiro na sua formulação original.¹⁰⁶⁷ Assim, de acordo com o nosso direito positivo, são três as condições da ação: uma de ordem objetiva e duas de ordem subjetiva. A de ordem objetiva é a possibilidade jurídica do pedido, que visa retirar da ação seu conteúdo genérico: o conteúdo da ação deve ter como pressuposto uma situação de fato que encontre correspondente no ordenamento jurídico. Já as de ordem subjetiva são: a legitimação para agir e o interesse processual que, respectivamente, conferem a ação ao titular do direito material em face do sujeito passivo, na hipótese de aquele ter necessidade do provimento jurisdicional, diante de lesão ou ameaça de lesão do direito por parte deste.¹⁰⁶⁸

Em geral, aqueles que se opõem a doutrina liebammana o fazem ao argumento de que as condições da ação dizem respeito à relação de direito material, o que faz com que a decisão de carência de ação seja, na verdade, uma decisão sobre o mérito da causa, apta, portanto, a produzir coisa julgada material e ser impugnada por meio de ação rescisória.¹⁰⁶⁹ Conforme Adalberto Hommerding, “se a parte não detém qualquer das condições da ação, por óbvio é que não será titular do direito material ou, como se queira, da pretensão em sentido material”. Para ele, a doutrina sobre as condições da ação é um legado da tradição liberal, que a concebeu para limitar os poderes do juiz no processo, sendo, portanto, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 154.

¹⁰⁶⁷ A teoria das condições da ação vem contemplada nos artigos 3º, 6º, 267, VI, 268, 295, II, III e parágrafo único, III e 301, X, todos do Código de Processo Civil.

¹⁰⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 116; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62-63.

¹⁰⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 125; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 82-88; FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Extinção do processo e mérito da causa. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 52-53; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64-65; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 192-194.

¹⁰⁷⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 192.

Adotando também uma posição um tanto radical, entende Brandão que a extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação equivale à negativa de jurisdição, constituindo, como consequência, um óbice para o acesso à justiça. Segundo ele, a ilegitimidade de alguém para o pedido, assim como qualquer outra das condições da ação é matéria alusiva ao mérito da demanda.¹⁰⁷¹ O autor chega ao ponto de defender a inconstitucionalidade do artigo 267, VI do Código de Processo Civil, o qual não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988.¹⁰⁷²

Ninguém duvida que o ordenamento constitucional contempla, como garantia fundamental, o direito de acesso amplo ao judiciário. Entretanto, como aduz Bedaque, o poder ou faculdade de provocar a jurisdição refere-se, sempre, a uma situação concreta da vida: “não tem sentido ou qualquer relevância para o ordenamento, nem mesmo para efeito de meras elucubrações acadêmicas, imaginar a possibilidade de alguém pleitear a atuação jurisdicional sem deduzir situação de direito substancial a ser solucionada”; não existe garantia constitucional de mero ingresso em juízo, não sendo este o sentido que se deve atribuir ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.¹⁰⁷³

Para o autor acima referido, o exame acerca das condições da ação implica análise da relação jurídica material. Por isso, mesmo que tal exame se dê de forma condicional e hipotética, com base em cognição superficial, é possível classificar o ato do juiz como sendo uma sentença de mérito, que até poderia tornar-se imutável, não sendo, porém, recomendável, exatamente em virtude de ser proferida com base em cognição não exauriente. Anota, porém, que, numa perspectiva instrumentalista, as condições da ação, desde que adequadamente compreendidas, são de grande utilidade para a relativização do binômio direito-processo, especialmente no sentido de racionalizar a atividade jurisdicional com vista ao atingimento dos seus escopos jurídicos, políticos e sociais.¹⁰⁷⁴

Apesar de adotarem posição contrária à categoria processual ora analisada, Marinoni e Arenhart, entendem que existe o direito de alguém pedir em juízo um pronunciamento mesmo que seja a respeito da presença ou não de uma das condições da ação. Se esse não é um direito

¹⁰⁷¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 759-760.

¹⁰⁷² BRANDÃO, Paulo de Tarso. Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 776.

¹⁰⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81-82.

¹⁰⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: a influência do direito sobre o processo*. *Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 96.

de ação por não preencher as condições exigidas, deve existir outro direito, igualmente importante e com qualquer denominação, que permita ao jurisdicionado recorrer ao Poder Judiciário.¹⁰⁷⁵ Com efeito, conclui Marinoni que, no âmbito da garantia constitucional de acesso à justiça, no que diz respeito ao poder de agir em juízo, estão compreendidos dois direitos de ação: um direito incondicionado e outro condicionado. Com base no primeiro, o juiz emite provimento acerca da existência ou não das condições da ação; com base no segundo, julga o mérito da demanda.¹⁰⁷⁶

Maciel Junior, por sua vez, sustenta que, diante do imperativo constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (CF art. 5º, XXXV), a lei processual não poderia estabelecer condicionantes a ação. Segundo ele, para que o cidadão possa acessar o judiciário no atual sistema constitucional a única exigência é a afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito. A ação é absolutamente livre, sendo suficiente afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito para que surja para o magistrado a responsabilidade de decidir sobre o mérito da causa, cabendo à parte arcar com prejuízos decorrentes do manejo indevido da ação; nos modelos constitucionais que asseguram amplo acesso ao judiciário, diz ele, não deve haver condições ao exercício da ação, devendo o sistema evoluir no sentido de estabelecer responsabilidades para aqueles que vierem a fazer uso abusivo desse direito.¹⁰⁷⁷

Para o autor, a legitimidade de parte é questão para cujo deslinde requer o exame dos elementos probatórios constantes dos autos, bem como se o interesse afirmado pela parte diz respeito a um direito do qual afirma ser o titular. Logo, dizer que a parte é ilegítima equivale dizer que ela não é titular do direito afirmado. A questão envolve, pois, o mérito da causa; seu exame deve conduzir à “procedência ou improcedência do pedido”. Ainda que o magistrado diga que a extinção do processo se dá sem resolução de mérito, a consequência será a impossibilidade de repetir a ação, ou seja, a sentença está apta a produzir coisa julgada material. Lembra, ainda, Maciel Junior, que a possibilidade jurídica do pedido também constitui questão alusiva ao mérito da causa e que essa condição da ação já havia sido abandonada pelo próprio Liebmann.¹⁰⁷⁸ De fato, após rever sua posição quanto à possibilidade

¹⁰⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63.

¹⁰⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30.

¹⁰⁷⁷ MACIAL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 300-301.

¹⁰⁷⁸ MACIAL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

jurídica do pedido, o jurista italiano reduziu as condições da ação ao interesse processual e à legitimidade para agir.¹⁰⁷⁹

Cabe aqui uma consideração especial acerca da legitimidade para agir. Com relação a essa condição da ação, é importante a ressalva feita por Marinoni e Arenhart. Afirmam os autores paranaenses que: “se no processo individual, exceto hipóteses excepcionais, o juiz afirma que o autor não tem legitimidade para a causa porque não é titular do direito material, ele está afirmando que o autor não tem direito material a ser postulado”.¹⁰⁸⁰ Considera-se esse entendimento extremamente importante, posto que, no processo individual, se aquele que comparece em juízo, afirmando ser o titular do direito material, for reconhecido como parte ilegítima, a decisão não será da carência de ação, mas de improcedência do pedido, porquanto relativa ao mérito da causa. Inclusive, sendo manifesta a impertinência entre o sujeito do processo e o titular do direito afirmado, conforme as provas constantes dos autos, não há que se falar em cognição sumária, como pretende Bedaque, tratando-se, na verdade, de cognição exauriente, impondo-se a prolação de sentença liminar com respeito ao mérito.

Porém, em se tratando de processo individual, em que alguém postula em juízo, em nome próprio, direito alheio, ou seja, nos casos excepcionais de substituição processual, não há relação de pertinência e, nem por isso, o juiz pode proferir sentença de mérito. Em casos tais, se a hipótese não estiver expressamente autorizada por lei, o juiz terá que extinguir o processo sem que se possa afirmar que se trata de uma sentença de mérito. Logo, pode-se afirmar que a regra do artigo 6º, do Código de Processo Civil é absolutamente compatível com a Constituição Federal, no que se refere ao processo individual.¹⁰⁸¹ O mesmo se passa em sede de processo coletivo. E aqui não se trata de situações excepcionais. Nesse modelo de processo, aquele que comparece em juízo postulando a tutela de direito de grupo não é o titular do direito afirmado. No entanto, se não estiver autorizado pelo sistema jurídico não há como se falar em sentença de mérito.

Com efeito, reconhecida a superação da possibilidade jurídica do pedido, como também a impossibilidade de eliminar do sistema processual por completo a legitimidade para agir, convém destacar a importância da terceira condição da ação, como técnica capaz de, a um só tempo, promover a racionalização do sistema de justiça e estimular a participação

Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 302-305.

¹⁰⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 153-161.

¹⁰⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

¹⁰⁸¹ Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

democrática da comunidade por meio do processo, especialmente no que diz com defesa dos direitos sociais, a saber: o interesse processual.¹⁰⁸²

Maciel Junior considera essa condição da ação absolutamente descartável. O autor insiste em que basta à parte afirmar em juízo lesão ou ameaça de lesão a direito para que surja para o órgão jurisdicional o dever de pronunciar-se sobre o mérito da questão: “Se alguém comparece em juízo com uma demanda na qual invoca lesão ou ameaça a algum interesse já cumpriu a única exigência constitucional que existe para que o Poder Judiciário se pronuncie sobre a questão posta em juízo”.¹⁰⁸³

Segundo ele, havendo conflito com relação ao interesse sobre determinado bem, tal conflito será “ponto fundamental que dominará o campo dos debates no processo”, não se podendo deixar de apreciar tal questão ao argumento de que à parte falta interesse processual: se a questão foi trazida ao judiciário mediante a afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito, “há interesse da parte na apreciação dessa questão, que pode ser ou não julgada procedente”. Conclui Maciel Junior, que o condicionamento da ação após a consagração na Carta de 1988 da garantia de amplo acesso à justiça constitui obstáculo à apreciação por parte do judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito, em ofensa ao texto constitucional.¹⁰⁸⁴

O autor mineiro menciona, a título de exemplo, os modelos infraconstitucionais que estabelecem a obrigatoriedade de utilização de meios extrajudiciais de solução de conflito, como é o caso, no âmbito da justiça laboral, das comissões de conciliação prévia, instituídas através da Lei 9.958/2000, que ele considera inconstitucionais, anotando que o Estado não pode impor ao cidadão a obrigação de realizar conciliação e que, dentre outros argumentos, muito embora existam razões de cunho político-institucional e econômico que devem ser levadas em conta no tocante a essa discussão, que o que justifica a existência do judiciário é o fato deste ter por função resolver conflitos mediante julgamento.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² A posição que se adotará ao final, é no sentido de que a legitimidade para agir, que se denomina “representação processual dos direitos sociais em juízo”, deve integrar a categoria dos pressupostos processuais.

¹⁰⁸³ MACIAL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 304.

¹⁰⁸⁴ MACIAL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 304-305.

¹⁰⁸⁵ MACIAL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 305-306. Previstas na CLT nos artigos 625-A a 625-H e instituídas pela Lei n. 9.958 de 12 de janeiro de 2000, as Comissões de Conciliação Prévia são uma forma extrajudicial de resolução de conflitos de natureza laboral, que visam desafogar o Judiciário através da redução do número de

Esse não parece ser um entendimento adequado, pelo menos na sua totalidade. Adalberto Hommerding, um dos autores que se opõe à doutrina das condições da ação, conforme referido acima, reconhece que mesmo no direito estrangeiro o interesse processual persiste, ainda que com outra denominação, como é o caso do direito alemão, onde se fala em interesse jurídico, o qual está entre os pressupostos processuais relativos ao objeto litigioso, e significa que “o demandante deve ter um interesse justificável para dirigir-se ao tribunal com sua pretensão”.¹⁰⁸⁶

Diante das quatro dimensões da crise da jurisdição que, por sua vez, implicam também a crise do processo, referidas por Bolzan, a saber: a crise estrutural, a crise pragmática, a crise tecnológica e a crise paradigmática, Hommerding propõe como solução a criação de instâncias extrajudiciais para mediação ou conciliação, exemplificando com questões de direito de família em que o juiz, antes de tudo, deve tentar a conciliação do casal. Em hipóteses análogas, segundo ele, as partes deveriam antes submeter seu conflito a uma dessas instâncias extrajudiciais e, somente após, não tendo logrado êxito, poderiam ingressar nas vias judiciais para buscar uma solução. Sugere, pois, o autor, que seja inserido no Código de Processo Civil um novo “pressuposto processual”, com a finalidade de permitir essa filtragem de demandas ao judiciário.¹⁰⁸⁷

Na verdade, o que o autor está propondo é que, remanescendo a possibilidade de solução do conflito nas vias extrajudiciais, somente o esgotamento dessas vias poderia configurar a necessidade de provocar a estrutura do Estado com essa finalidade, o que, por evidente, caracteriza o interesse processual na sua formulação clássica. De fato, o interesse processual é uma exigência da própria estrutura orgânica do Estado de Direito nas suas diferentes concepções. É bem verdade que o poder judiciário existe para resolver conflitos mediante julgamento, mas este somente deve atuar diante de uma necessidade efetiva e para produzir provimentos que sejam considerados aptos a resolver a situação das partes. O interesse processual enquanto condição da ação não se confunde com o interesse que a parte

ações trabalhistas a serem propostas. A referida lei foi argüida de inconstitucionalidade por meio da ADI n. 2139 e ADI n. 2160, as quais ainda se encontram tramitando perante o Supremo Tribunal Federal. Na Seção Plenária do dia 13 de maio de 2009, o STF deferiu parcialmente nos autos da ADI 2139, à época da relatoria do Min. Octávio Gallotti, medida cautelar e conferiu interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela mencionada lei, a fim de assegurar “sob o ângulo dos dissídios individuais do trabalho, o livre acesso ao judiciário”. (ADI 2139, f. 140).

¹⁰⁸⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.193. No direito português não apenas o interesse processual, mas a própria legitimidade de parte figura entre os pressupostos processuais. (AMARAL, Jorge Augusto Pais. *Direito processual civil*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 97-114)

¹⁰⁸⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100-101.

tem em relação ao bem da vida tutelado pelo direito material. A noção de interesse processual tem natureza eminentemente técnico-processual: saber se a pessoa tem direito sobre um bem é uma coisa; outra coisa é saber se ela tem a necessidade de movimentar o aparato estatal para ter reconhecido e satisfeito esse direito.

Por outro lado, não se pode olvidar que a jurisdição é uma atividade estatal que, para ser exercida, demanda recursos financeiros do erário e, por isso mesmo, não deve ficar a mercê da parte somente pela possibilidade desta poder ser responsabilizada por eventuais prejuízos decorrentes do manejo indevido do direito de ação, como postulado por Maciel Junior: os recursos públicos devem ser racionalizados. Por isso, parece correta a doutrina liebmanniana quando afirma que a ação é um direito abstrato cujo exercício só deve ocorrer quando houver uma situação concreta em que se justifica a intervenção do órgão jurisdicional.

Ademais, no tocante à tutela dos direitos sociais, a situação é diferente daquela alusiva à exigência de prévia tentativa de conciliação no âmbito dos conflitos trabalhistas. Trata-se aqui, de direitos que devem ser atendidos por meio de políticas desenvolvidas pelo Estado através dos seus agentes. Dito de outra forma, no tocante à proteção dos direitos sociais, existe uma estrutura organizacional, mantida pelo Estado, integrada por agentes pagos para desempenhar determinada função. Não justifica que se mobilize outra estrutura estatal para ter atendido aquilo que deve ser realizado em outro âmbito de sua atividade, sem que antes se exija que essa estrutura cumpra a função para a qual foi concebida.

Com efeito, a necessidade de esgotamento das vias administrativa se torna mais evidente em se imaginando que no caso dos referidos direitos, a demanda vem ocorrendo por meio do Ministério Público, ou da Defensoria Pública, portanto, por meio de outras estruturas estatais, mantidas com recursos públicos. Além disso, a intervenção jurisdicional deve sempre ocorrer de forma supletiva, mediante a omissão da administração pública. Dita omissão deve, inclusive, ser debatida no processo e integrar a fundamentação da decisão.¹⁰⁸⁸ Nesse sentido, não é nova a lição de Lenio Streck, segundo a qual o poder judiciário pode e deve atuar a fim de tutelar os direitos sociais, ressaltando, todavia, que isso deve ocorrer de forma subsidiária, isto é, diante da inércia ou da omissão dos demais poderes.¹⁰⁸⁹

Ora, só se pode verificar a omissão se, de alguma forma, houver a participação dos interessados junto a essas esferas estatais seguida do não atendimento. Obviamente que não poderia ser diferente, uma vez que se trata de órgãos e estruturas do Estado que existem

¹⁰⁸⁸ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 206-207.

¹⁰⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 54-56.

exatamente para cumprir essas funções. Não se justificaria sobrecarregar outro órgão que, aliás, foi pensado para atuar somente quando o destinatário de seus serviços não conseguirem resolver suas demandas junto àquelas estruturas. Portanto, se assim é diante dos particulares, muito mais há de ser diante do próprio Estado, que atua por meio dos seus agentes, como dito acima, e por meio das estruturas criadas para cumprir essa função.

É de se ressaltar, que as políticas estatais, nessa matéria, destinam-se ao atendimento de coletividades, decorrendo daí a dimensão coletiva dos direitos sociais, consoante consignado no capítulo anterior. Sendo assim, a comunidade deve se organizar para reivindicar, propor determinadas políticas, provocar a iniciativa da administração pública etc., e no caso de não atendimento, promover demandas coletivas perante o judiciário. Dito de outro modo, a natureza das prestações estatais para atender aos direitos sociais aponta para a necessidade de atuação organizada dos grupos de pessoas interessadas e necessitadas dessas prestações, e essa atuação deve ocorrer perante os órgãos clássicos da estrutura estatal encarregada dessa função.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Morello, o qual concebe as ações coletivas como um importante instrumento para se realizar a justiça social. Todavia, recomenda que as questões de ordem econômica e social, sempre que possível, sejam resolvidas no âmbito da administração e da legislação, sob pena de sobrecarregar o judiciário com demandas que, a rigor, são atribuições dessas funções estatais.¹⁰⁹⁰ Aliás, o que se está a propor não é novidade, já fazendo parte da tradição jurídica brasileira, sendo próprio dos direitos sociais: há muito tempo a prévia tentativa de conciliação é condição para a propositura da ação coletiva no âmbito da justiça do trabalho conforme o artigo 616, § 4º da CLT. Nos termos do referido dispositivo legal: “Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo”. De igual modo, a lei que regulamenta o *habeas data* (Lei 5.907/1997) no seu art. 8º, parágrafo único, I a III, estabelece o esgotamento da via administrativa como requisito a ser atendido para a propositura da referida ação.¹⁰⁹¹

Na verdade, ao invés da preocupação com mecanismos capazes de fixar a responsabilidade daquele que demanda quando não houver necessidade, como sugere Maciel

¹⁰⁹⁰ MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 13.

¹⁰⁹¹ Art. 8º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Junior, deve-se primeiro preocupar-se em fixar a responsabilidade daqueles que, tendo o dever funcional de atuar para desenvolver políticas destinadas a prover determinadas necessidades, não se desincumbem adequadamente de suas obrigações. Neste caso, o esgotamento da via administrativa, além de estimular a participação, na medida em que o destinatário da política sabe que se não atendida lhe resta a via jurisdicional, serve para fixar a dita responsabilidade do agente público. Em suma, a partir dessa premissa, pode-se efetivamente falar em participação popular ou em democracia participativa.

Sobre esse assunto, considerando uma distorção no deslocamento da implementação de políticas públicas do âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo para o poder judiciário, Têmis Limberger considera que a judicialização da política, por um lado, prestigia o judiciário com discussões consideradas extremamente importantes para o país; por outro, no entanto, conduz à falência das demais esferas estatais encarregadas desses serviços, levando a uma sobrecarga do judiciário, decorrente da ampliação da litigiosidade.¹⁰⁹² Todavia, de acordo com o entendimento aqui adotado, a judicialização da política nada mais é que uma consequência da constitucionalização do Estado e do conseqüente redimensionamento da sua estrutura jurídico-institucional, próprios do constitucionalismo contemporâneo, conforme demonstrado.

Como se viu acima, em virtude do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, a política passou a submeter-se ao direito, de maneira que naquele âmbito, nem sobre tudo se pode decidir, e nem sobre tudo se pode deixar de decidir (Ferrajoli). Foi essa configuração do Estado e da ordem jurídica que elevou o prestígio do poder judiciário ao mesmo tempo em que aumentou a responsabilidade das demais esferas da atividade estatal. Significa dizer, que não é o aumento de demanda que eleva o prestígio da jurisdição, mas o reconhecimento da sua capacidade de dar concretude aos direitos fundamentais e ao Estado constitucional e democrático de direito, quando provocada. É essa crença na instituição que levará à participação do cidadão e ao fortalecimento da democracia: o fato do cidadão saber que pode contar com a força do judiciário, enquanto agência encarregada de, em última instância, dar efetividade a ordem jurídica, fazendo cumprir a Constituição federal.

Referindo-se ao direito à saúde, Têmis não propõe o esgotamento da via administrativa, senão procura demonstrar que a utilização dessa via acaba propiciando maior agilidade na resolução de conflitos, uma vez que possibilita o diálogo com o órgão público

¹⁰⁹² LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 217.

encarregado da instituição da política pública não implementada. Acrescenta a autora que, no direito brasileiro, vigora o princípio da unidade da jurisdição e que, em virtude disso, não se pode subtrair ao cidadão o direito de acesso à justiça. Ocorre, todavia, que o interesse processual, isto é, o fato do jurisdicionado ter que demonstrar a necessidade do provimento jurisdicional como forma de resolver determinado conflito, não retira daquele o direito de acesso à jurisdição.

Como já consignado, não se justifica movimentar o aparato judiciário do Estado quando isso não seja necessário. Mais ainda: quando existem estruturas estatais outras encarregadas de fazer aquilo que se postula em juízo. Ademais, conforme demonstrado acima, o sistema já convive com isso há muito tempo. No caso dos dissídios coletivos, no âmbito da justiça do trabalho, parece que ninguém ousaria dizer que durante todos esses anos tem sido negado o direito de acesso dos trabalhadores ao judiciário em virtude da exigência de prévio esgotamento das vias administrativas. E olha que, em tais hipóteses, não se está diante de órgãos públicos a quem cabe a responsabilidade pelo fornecimento de serviços à comunidade: desses órgãos deve-se, antes, exigir o cumprimento de suas obrigações e não a simplesmente transferência de sua responsabilidade para outra esfera da atividade estatal, isto é, para o poder judiciário.

Em suma, o interesse processual deve ser considerado um requisito indispensável para a racionalidade do sistema processual e, no caso das ações destinadas à tutela de direitos sociais, considerando a necessidade de conformar a legitimidade da jurisdição constitucionalizada, mediante o respeito ao princípio da separação de poderes e o aprimoramento do princípio democrático e, ainda, considerando a natureza pública dos agentes encarregados pelas políticas destinadas ao seu atendimento, dito requisito torna-se ainda mais importante. Acrescente-se a isso, a necessidade de fixar a responsabilidade daqueles agentes, o que, por certo, conduzirá ao melhoramento na qualidade dos serviços públicos, permitindo, também, a maior participação da comunidade na formulação de políticas e na gestão dos recursos públicos.

Sendo assim, conclui-se que, a doutrina das condições da ação, enquanto categoria processual autônoma, não mais se sustenta na atualidade. Defende-se, pois, que nos casos de substituição processual, nas ações individuais, na forma estabelecida no art. 6º do Código de Processo Civil; da representação processual, nas ações coletivas de um modo geral; do interesse processual em geral; e do prévio esgotamento das vias democráticas ordinárias para o ajuizamento de ações visando à tutela de direitos sociais, tais requisitos devem integrar a categoria dos pressupostos processuais.

Com efeito, adere-se à sugestão de Hommerding, indicada acima, no sentido de afirmar a necessidade de conceber o prévio esgotamento das vias democráticas ordinárias como um novo pressuposto processual, peculiar ao modelo de processo das ações coletivas em defesa de direitos sociais. Isso se faz necessário tanto mais em virtude de tal esgotamento configurar um elemento conformador da legitimidade da jurisdição, permitindo, a um só tempo, preservar o clássico princípio da separação de poderes e o princípio democrático, incluído neste a sua dimensão participativa, a qual se presta, além de tudo, a potencializar a efetivação dos direitos sociais.

6.4. Apontamentos finais: por um direito processual dos direitos humanos

Conforme foi indicado anteriormente, a discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição para a proteção dos direitos sociais, assim como o modelo de processo adequado a essa proteção não pode limitar-se ao âmbito do ordenamento jurídico-constitucional interno. Com efeito, lembrou-se com Flávia Piovesan, que o direito internacional dos direitos humanos “reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana”. Segundo ela, existe uma dialética da relação entre constituição e direito internacional dos direitos humanos, na qual “cada um dos termos da relação interfere no outro com ele interagindo”.¹⁰⁹³

A esse respeito, anota a autora que, no Brasil, existe uma escassez de bibliografia acerca do sistema internacional de proteção de direitos humanos. No que se refere à interação entre esse sistema e o direito brasileiro, diz ela, a bibliografia é praticamente inexistente: na experiência brasileira, os estudiosos do direito constitucional não se arriscam no campo do direito internacional, o mesmo ocorrendo em sentido contrário, ou seja, os estudiosos do direito internacional não se aventuram no plano constitucional. No caso do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, apesar da necessidade de haver diálogo e interação entre este e o direito interno, o que prevalece é o silêncio e o distanciamento. E isso se torna problemático na medida em que as duas áreas do direito revelam o mesmo objeto e a mesma preocupação: reafirmar e resguardar o valor da dignidade da pessoa humana por meio dos direitos fundamentais.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

¹⁰⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17-18.

Evidentemente, a preocupação com essa ausência de interação entre as duas esferas de proteção: dos direitos fundamentais, no plano interno, e dos direitos humanos, no plano internacional, deve ir além do direito material para ingressar, também, na ceara do direito processual, não apenas em virtude de uma simples questão de cooperação, mas porque é dever do Estado, antes de dar efetividade aos direitos humanos, internamente, desenvolver os mecanismos procedimentais destinados à consecução desse desiderato, respondendo perante os órgãos da jurisdição internacional dos direitos humanos pelo não cumprimento.

Nesse sentido, não se pode esquecer, como também ficou consignado acima, que foi a crise do positivismo jurídico que deu origem, a um só tempo, ao constitucionalismo do segundo pós-guerra e com ele uma nova concepção de Estado, assim como a concepção contemporânea dos direitos humanos. Dito de outro modo, o Estado constitucional e a concepção contemporânea de direitos humanos possuem o mesmo referencial histórico-filosófico, sendo produto da mesma ruptura paradigmática, achando-se, portanto, irremediavelmente implicados.

Por conseguinte, afirma Flávia Piovesan, que as consequências do nazi-fascismo em termos de violação da dignidade da pessoa humana levaram à conclusão segundo a qual, dali em diante, a proteção dos direitos humanos não deveria ficar mais somente a cargo de cada Estado individualmente, revelando-se tal questão como tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Como pontua a autora: “prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”.¹⁰⁹⁵

Como ressalta Flávia Piovesan, a ampliação das ambições normativas da sociedade internacional ganhou cada vez mais destaque, em matéria de direitos humanos e de democracia, a partir da ideia segundo a qual as relações entre governantes e governados, entre Estados e cidadãos, passaram a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional: “de que os maus-tratos aos cidadãos, e a ausência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de cada Estado passa

¹⁰⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 699. Convém esclarecer que submissão de cada Estado-parte à jurisdição internacional dos direitos humanos, antes de ser contrária à soberania nacional, significa antes a sua afirmação, porquanto dita submissão decorre do ato de ratificação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o pressupõe, necessariamente a soberania.

crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”.¹⁰⁹⁶

Como decorrência de tudo isso, e tendo como ponto de partida a criação da Organização das Nações Unidas e a edição das primeiras Declarações de direitos, surgiu, no contexto do direito internacional geral, um novo ramo do direito, comumente referido como Sistema Internacional de Proteção dos Direitos humanos, o qual está dividido em dois outros ramos específicos. O primeiro deles é direito internacional dos direitos humanos, que possui natureza substancial e, no dizer de Rey Cantor e Rey Anaya, se encontra num elevado nível de desenvolvimento, especialmente em virtude da edição, nos últimos anos, de um expressivo número de documentos como: declarações, tratados e resoluções sobre direitos humanos, tanto num aspecto mais genérico quanto sobre temas específicos.¹⁰⁹⁷

O segundo é o direito processual internacional dos direitos humanos, o qual constitui disciplina de natureza instrumental, surgida mais recentemente, especialmente do ponto de vista doutrinário, cujo conteúdo compreende os diferentes organismos de proteção jurisdicional, ou quase jurisdicional, e os respectivos procedimentos que devem ser observados perante eles. Em suma, são dois os elementos que constituem o conteúdo do direito processual internacional dos direitos humanos: a) os mecanismos jurisdicionais, que são os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos; b) e os mecanismos processuais, ou seja, os procedimentos que devem ser seguidos perante esses mesmos organismos.¹⁰⁹⁸

Nessa mesma linha, afirma Cançado Trintade que, nos últimos cinquenta anos, o direito internacional dos direitos humanos se afirmou como um ramo autônomo do direito, dotado de especificidades próprias em que fica ressaltada a sua caracterização como um direito de proteção da pessoa: “trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos”. Composto de conteúdos materiais e de mecanismos de supervisão e controle, ou seja, de direito processual, o referido *corpus juris* se presta a atender uma das grandes preocupações na

¹⁰⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 699.

¹⁰⁹⁷ REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 1-2.

¹⁰⁹⁸ REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 1-2.

contemporaneidade, consistente em “assegurar a proteção do ser humano nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância”.¹⁰⁹⁹

O direito processual dos direitos humanos é informado pelo princípio da subsidiariedade, o qual vem previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, em termos mais genéricos no preâmbulo e, de modo específico no art. 46. De acordo com o preâmbulo do referido documento, a proteção internacional da pessoa humana possui natureza “convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Na parte processual do mesmo documento, o art. 46 estabelece que, para que uma petição seja admitida perante a Comissão é necessário que tenham sido interpostos e esgotados todos os recursos perante a jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos.¹¹⁰⁰

Explicam Rey Cantor e Rey Anaya, que no âmbito das cortes internacionais, a jurisprudência tem reafirmado o caráter subsidiário do sistema de proteção dos direitos humanos, assegurando que aos Estados onde ocorrerem violações desses direitos seja antes oportunizado repará-los por seus próprios meios, dentro do marco do seu ordenamento jurídico interno. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem decidido que, somente pode-se valer dos organismos supranacionais, depois de utilizados e esgotados os mecanismos domésticos, uma vez que o Estado deve ter primeiramente a possibilidade de satisfazer os interesses dos seus cidadãos, antes de qualquer intervenção dos organismos regionais e universais. Por seu turno, a Corte Interamericana tem assentado que, a regra que exige o prévio esgotamento dos mecanismos internos foi instituída no interesse do próprio Estado, com a finalidade de dispensá-lo de ter que responder perante organismos internacionais por atos que lhe são imputados, antes mesmo que lhe seja oportunizado remediá-los com seus próprios meios.¹¹⁰¹

Conforme esclarecem os autores, o princípio de subsidiariedade atua no tocante à jurisdição internacional em relação à jurisdição doméstica, no sentido de que as vítimas de violação de direitos humanos não poderão socorrer-se da primeira enquanto não ocorrer o prévio esgotamento da segunda: *la mencionada regla permite al Estado resolver la controversia según el derecho interno antes de ser demandado ante um órgano internacional.*

¹⁰⁹⁹ CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹⁰⁰ Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos.

¹¹⁰¹ REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 47-48.

A regra do prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna, no contexto do direito internacional dos direitos humanos possui implicações específicas e concretas, na medida em que existe o dever jurídico por parte de cada Estado de desenvolver mecanismos efetivos destinados à proteção dos direitos humanos, nos termos estabelecidos na Convenção.¹¹⁰²

Por outro lado, a Corte tem se pronunciado no sentido de que os Estados-partes estão obrigados a prover as vítimas de violações de direitos humanos de mecanismos efetivos de tutela jurisdicional, os quais devem ser consubstanciados nas regras do devido processo legal conforme estabelecido no artigo 8.1 da Convenção, como decorrência, também, da obrigação geral prevista no at. 1º, a que está submetido cada Estado, no sentido de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos reconhecidos no referido documento a todas as pessoas que estejam sob sua jurisdição. Em virtude disso, é possível invocar-se algumas exceções à regra do esgotamento dos mecanismos internos, dentre elas a inefetividade de tais recursos ou o não atendimento ao devido processo legal.¹¹⁰³

Quando isso ocorre, não se está somente afirmando que as vítimas não estão obrigadas a lançar mão desses mecanismos, senão que indiretamente se está imputando ao Estado implicado uma nova violação das obrigações contraídas por meio da Convenção. Em tais circunstâncias, a questão dos recursos internos aproxima-se sensivelmente da matéria de fundo. Este entendimento da Corte indica que os Estados-partes devem adequar seu ordenamento jurídico, a fim de dotá-lo de uma estrutura procedimental capaz de prevenir violações aos direitos humanos, bem como de protegê-los adequadamente caso tais violações venham ocorrer. Nesse sentido, a responsabilidade do Estado resta comprometida quando este falha no tocante à existência e adequação dessas estruturas.¹¹⁰⁴

¹¹⁰² REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 48. No tocante à admissibilidade das reclamações ou denúncias internacionais de violações de direito humanos, o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno reveste-se de caráter próprio ao presente domínio de proteção: “enquanto no direito internacional geral tal requisito revela uma natureza preventiva no contencioso interestatal discricionário, no Direito dos Direitos Humanos testemunha a interação entre o direito internacional e o direito interno e a complementaridade de direitos e deveres do reclamante e do reclamado. (CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008)

¹¹⁰³ REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 48. As exceções ao prévio esgotamento dos mecanismos internos estão previstas no art. 46, inciso 2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

¹¹⁰⁴ REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 48. Durante o VII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, ocorrido no mês de abril de 2010, na cidade de Londrina - PR, Luiz Flávio Gomes dizia aos congressistas presentes que, de agora em diante, em face da responsabilidade do

Cançado Trindade chama a atenção para a necessidade de se ir além do plano internacional, ou seja, de por em destaque não apenas o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, para enfatizar um modelo integrado de proteção da pessoa humana que compreenda, ao mesmo tempo, o plano internacional e o plano interno, dando origem, assim, a um novo ramo do direito, que seria resultado da combinação de dois fatores: de um lado, a atribuição de obrigações aos órgãos estatais estabelecidas em tratados internacionais e, de outro, a consagração constitucional, no âmbito interno, dos direitos humanos estabelecidos naqueles mesmos tratados. Nessa perspectiva, o direito internacional e o direito público interno formariam uma unidade, o que permitiria falar de um “Direito dos Direitos Humanos”.¹¹⁰⁵

É exatamente inspirado no referido autor que, ao finalizar a presente investigação, propõe-se um modelo integrado de processo, destinado à proteção jurisdicional dos direitos humanos: à ideia de um Direito dos Direitos Humanos, deve corresponder a de um Direito Processual dos Direitos Humanos. Especialmente no que se refere à proteção dos direitos sociais, dito modelo de processo seria informado pelo princípio da subsidiariedade, que atuaria tanto no plano da jurisdição interna, conforme delineado acima, quanto no plano da jurisdição internacional, na forma estabelecida na Convenção e, por sua vez, se prestaria a conferir maior legitimidade à atividade jurisdicional tanto interna quanto internacionalmente, além de potencializar a efetividade daqueles direitos, especialmente por meio da participação.

A proposta parece razoável, na medida em que são os direitos sociais os que mais carecem de adequados mecanismos de proteção, e cuja postulação, no âmbito das cortes internacionais, consoante refere Flávia Piovesan, tem sido praticamente inexistente.¹¹⁰⁶ Além

Estado brasileiro decorrente do direito internacional dos direitos humanos. “nós podemos entupir as Cortes internacionais de processos”. Essa parece não ser uma afirmação acertada, especialmente quando existe uma preocupação efetiva com a concretização dos direitos sociais, na medida em que é dever do Estado não apenas adequar seus procedimentos destinados à tutela jurisdicional dos direitos humanos, mas também instituir novos mecanismos com vistas à consecução desse desiderato, constituindo a falta desses mecanismos violação ao ordenamento internacional. Além do mais, se internamente o Poder Judiciário não tem dado resposta satisfatória às demandas da sociedade, especialmente no que se refere ao grande número de processos, seria ingenuidade imaginar que a Corte Interamericana, por exemplo, seja capaz de responder a contento a todas as violações de direitos ocorridas internamente em cada Estado-parte.

¹¹⁰⁵ CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Consoante anota o autor, “o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos do Estado, os quais são chamados a aplicar as normas internacionais. Estas últimas se aplicam sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, não mais, portanto, se justificando que no presente domínio de proteção o direito internacional e do direito interno continuem sendo abordado de forma estanque ou compartimentalizada como foram outrora”. (CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008)

¹¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 330.

disso, Ferrajoli tem afirmado, ao longo da sua extensa obra, a insuficiência dos instrumentos de tutela das liberdades clássicas para a proteção dos direitos sociais, sustentando, ademais, no que se refere aos direitos humanos de modo geral, a inexistência, no plano internacional, de uma esfera pública capaz de torná-los efetivos.

Porém, no dizer do mestre florentino, só se pode falar em democracia quando os direitos, segundo a fórmula dworkiniana, forem levados a sério. Para isso, segundo nosso autor, será necessário o reconhecimento do caráter supranacional dos direitos fundamentais e a construção, no âmbito internacional, de garantias idôneas à tutela e satisfação inclusive dos direitos sociais.¹¹⁰⁷ Em suma, como anota Cançado Trindade, o Direito dos Direitos Humanos “requer uma maior elaboração e articulação por parte das novas gerações de juristas que, no futuro, assumirão a responsabilidade de desenvolvê-lo, a partir da realidade social e da identificação das necessidades de proteção”.¹¹⁰⁸ O que se pretende, aqui, no tocante aos mecanismos de proteção dos direitos sociais, é apenas trazer uma pequena contribuição a este debate, na certeza de que, como diz Jânia, “o possível pode ser mais rico do que o real”.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid, 2010. p. 31-32.

¹¹⁰⁸ CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹⁰⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27.

7. CONCLUSÃO

Percorrido todo o caminho anterior, é chegado o momento de apresentar o resultado da presente investigação. O problema proposto consistiu em saber se, no marco do constitucionalismo contemporâneo e nos limites institucionais do Estado democrático de direito, é possível condicionar a intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias políticas, e qual seria a repercussão dessa conclusão no modelo de processo das ações coletivas, em caso de resposta positiva. A hipótese levantada foi no sentido de que, nesse contexto, vigora uma concepção de democracia tridimensional que, ademais de vinculada ao respeito pela regra da separação de poderes, abre espaço para o maior protagonismo de grupos e comunidades organizados para lutar em defesa dos direitos sociais, tema cuja preocupação constituiu objeto da presente investigação.

Sustentou-se que, em virtude disso, o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, por meio da atuação de grupos e comunidades de destinatários de políticas estatais, deveria funcionar como elemento legitimador da intervenção da jurisdição para a proteção daqueles direitos, posto que, com isso, restariam preservados a regra clássica da separação de poderes e o próprio princípio democrático, nas suas diferentes dimensões, além de potencializar a efetivação daqueles direitos. Sustentou-se, ainda, que tudo isso implicaria uma radicalização da democracia, que teria como consequência o estabelecimento de uma nova gramática para o modelo de processo das ações coletivas, com a inversão de perspectiva em que a ênfase passaria das *tutelas coletivas* aos *coletivos de tutela*.

Adotando como ponto de referência o marco teórico-institucional no qual o problema foi situado, a saber: o constitucionalismo contemporâneo e o Estado democrático de direito, foram fundamentais duas ideias que permeiam todo o texto: a de constitucionalismo como técnica destinada à limitação do poder político, por meio do estabelecimento de condições para o seu exercício; e a de democracia enquanto fonte de legitimação daquele mesmo poder. Significa dizer que, partiu-se de uma meta e de uma ideia: sem constitucionalismo e sem democracia não é possível a proteção adequada dos direitos sociais. Sendo assim, ficou claro desde o início que, como doutrina da limitação do poder, o constitucionalismo moderno assentou-se nas ideias de direitos fundamentais e de separação de poderes, fundando uma concepção de Estado de direito liberal de matriz lockeana.

Todavia, somente de forma parcial os revolucionários franceses filiaram-se às ideias do filósofo inglês. Não obstante a proclamação formal da regra da separação de poderes e da necessidade de garantia dos direitos, a doutrina da soberania nacional e a teoria da vontade geral impuseram o princípio da legalidade associado ao dogma positivista da onipotência do legislador, fazendo com que somente no segundo pós-guerra, e em decorrência do que aquele passado significou em termos de tragédia, o continente europeu-continental tenha vivenciado, na prática institucional, a ideia de um Estado constitucional de direito, fenômeno já conhecido entre os americanos desde a formação dos Estados Unidos da América. Diante da incompatibilidade daquele dogma com qualquer forma de contrapeso com vistas à garantia dos direitos, o que vigorou naquele período, no âmbito europeu-continental, foi o absolutismo do legislador, seja ele um monarca ou uma assembleia.

Com efeito, diante de uma inadequada compreensão desse processo histórico, alardeia-se em nossos dias a ideia de um novo constitucionalismo, em que a tônica passa a ser o ativismo judicial. Dita ideia, todavia, é antitética tanto à de constitucionalismo quanto à de democracia: com a possibilidade de o juiz criar direito soçobra o constitucionalismo como técnica de limitação do poder, e a democracia como fonte de legitimação das decisões políticas, ocorrendo apenas uma reformulação das formas de absolutismo, com a consequente deslegitimação da função jurisdicional.

Evidentemente que existe algo de novo no constitucionalismo contemporâneo que não estava presente no constitucionalismo americano conforme demonstrado no decorrer da presente investigação: trata-se da constitucionalização dos direitos sociais. De agora em diante, a preocupação não será mais com relação ao reconhecimento em nível constitucional, senão em tornar efetivos aqueles direitos na vida das pessoas. Daí, a importância daquela ideia fundamental antes referida: sem constitucionalismo e sem democracia não se viabiliza a proteção dos direitos sociais. Com isso, ficam impugnadas as teses neoconstitucionalistas que confiam a efetividade dos direitos ao decisionismo, ao mesmo tempo em que avulta a importância da teoria garantista que, exatamente em virtude do seu compromisso com a concretização dos direitos constitucionalmente consagrados, aposta num constitucionalismo forte com separação de poderes, controles jurisdicionais e democracia.

Por outro lado, não se pode negar relevância ao fato de que o Estado democrático de direito, não obstante tenha incorporado ao seu conteúdo axiológico os valores próprios da tradição socialista, não logrou superar o modelo de produção capitalista da economia de mercado, mantendo-se vinculado à doutrina do liberalismo na sua dupla perspectiva: política e econômica. A questão merece ainda maior atenção, na medida em que em plena vigência do

constitucionalismo social, as forças do mercado, ao mesmo tempo em que vão promovendo seu desmonte, impõem um modelo hegemônico de democracia.

Sendo assim, não basta aludir à importância da democracia para tornar possível a efetividade dos direitos sociais, sendo necessário, além disso, afirmar uma específica concepção de democracia. Com efeito, segundo a linha de raciocínio que vimos adotando, essa só pode ser a concepção de democracia constitucional postulada pela teoria garantista, de Luigi Ferrajoli, a qual agrega à concepção tradicional de democracia, ou seja, à democracia formal ou política, uma dimensão substancial, consubstanciada nos direitos fundamentais que, consistindo eles mesmos em técnica de limitação do poder, acabam por promover a fusão entre constitucionalismo e democracia.

A concepção de democracia de Ferrajoli amplia as possibilidades de efetivação dos direitos sociais em duas perspectivas. A primeira decorre do caráter indivisível e indisponível dos direitos fundamentais que vincula todos os poderes, inclusive os do mercado. Lembre-se, que, para Ferrajoli, os direitos fundamentais circunscrevem a esfera de decidibilidade do poder político, de modo que este não pode decidir com vistas à lesão dos direitos de liberdade, nem deixar de decidir para tornar efetivos os direitos sociais. Com efeito, sua teoria elimina toda e qualquer discussão acerca do caráter meramente programático ou não das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. Em Ferrajoli, ao contrário do que pode parecer a alguns, não há como negar a possibilidade de submeter à jurisdição pretensões que objetivem a tutela de direitos sociais. Se fosse assim, seu constitucionalismo seria um não constitucionalismo, por admitir a existência de poderes absolutos.

A segunda possibilidade decorre do fato da teoria de Ferrajoli incorporar a dimensão participativa da democracia, sustentando a importância da atuação de associações e outros grupos sociais junto às instâncias da democracia política, com a finalidade de exercer pressão na luta pela realização de direitos. Todavia, há que se ter presente que a atuação desses grupos não pode resumir-se a forma de pressão sobre os poderes públicos, senão que lhes deve ser assegurada a possibilidade de postular, em juízo, em defesa dos seus direitos, quando não conseguirem êxito junto às instâncias democráticas ordinárias. Eis, pois, a possibilidade concreta que se abre no sentido de tornar efetivos os direitos sociais, ancorada no constitucionalismo garantista: a obrigação dos poderes públicos de prover as políticas necessárias, com a possibilidade de submissão das demandas à jurisdição; e das comunidades e grupos organizados de atuarem em ambas as esferas, configurando, assim, uma verdadeira democratização da democracia.

Evidentemente que, para isso, há que se superar três equívocos no âmbito da teoria dos direitos fundamentais. O primeiro consiste em atribuir aos direitos de terceira geração o caráter de direitos de solidariedade. Conforme ficou demonstrado, a ideia de solidariedade está diretamente associada às lutas pela conquista de direitos sociais. E, uma vez constitucionalizados esses direitos, ela deve atuar como elemento capaz de unir as pessoas em torno de objetivos comuns, no caso: a busca de políticas destinada à proteção dos direitos sociais. O segundo equívoco decorre do fato de se decompor a dimensão histórica dos direitos fundamentais em diversas dimensões, quando estas, na verdade, referem-se ao mesmo fenômeno. Em rigor, os direitos fundamentais devem ser compreendidos a partir de diferentes dimensões, sendo certo que, para efeito de adequada proteção dos direitos sociais, deve por-se de relevo a sua dimensão coletiva. Essa compreensão conduzirá à organização de comunidades e grupos de pessoas para lutar em defesa daqueles direitos.

Ainda quanto a este aspecto, não se pode olvidar que os direitos fundamentais estão contemplados em documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cabendo, porém, aos Estados internamente torná-los efetivos, podendo responder perante a comunidade internacional pelo não cumprimento das suas obrigações ou pelo cumprimento de forma insuficiente. Também aqui, é importante a compreensão de uma dimensão espacial ou extraterritorial dos direitos fundamentais, no sentido de que aqueles grupos poderão atuar perante os organismos no âmbito da jurisdição internacional dos direitos humanos, quando as necessidades de políticas não forem atendidas internamente ou o forem de forma insatisfatória.

Por fim, é preciso superar o equívoco de confundir a universalidade dos direitos fundamentais com universalidade de políticas sociais destinadas à sua proteção. Por evidente, num modelo institucional que contempla o princípio capitalista da economia de mercado, onde avultam as desigualdades socio-econômicas, pretender desenvolver políticas iguais para todos somente pode agravar as desigualdades, com a transferência de recursos públicos para aqueles que deles não necessitam, a não ser que se realize a compensação via sistema tributário. Com efeito, é necessário intruzir, no âmbito das discussões jurídicas, os conceitos de universalização *versus* focalização, em matéria de políticas sociais, porquanto as comunidades devem postular junto aos poderes públicos políticas destinadas a atender as suas necessidades e não as de toda coletividade.

Todos esses pontos de discussão convergem para a resposta ao problema e a conseqüente comprovação da hipótese levantada. Conforme se vem insistindo, constitucionalismo e democracia são ideias sem as quais não é possível proteger

adequadamente os direitos sociais, especialmente num ambiente de economia de mercado: de um lado, é necessário manter o poder político dentro dos limites estabelecidos pela constituição; do outro, é necessário assegurar-lhe esse mesmo limite em respeito à democracia, especialmente tendo em conta a sua fonte de legitimação: o voto popular. Daí, a importância para Ferrajoli, de garantir a separação de poderes e a esfera de decidibilidade do poder político, a quem cabe primariamente o dever de concretização da constituição e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, achando-se contemplado tanto no plano teórico quanto no plano institucional o princípio democrático participativo e, além disso, sua atuação junto às esferas do poder político, por meio de comunidades e grupos de destinatários de políticas públicas constituindo elemento potencializador da efetividade dos direitos sociais, faz-se necessário garantir o espaço de atuação desses grupos, o que também significa garantir o espaço reservado à própria democracia. Sendo assim, é forçoso concluir pela possibilidade de condicionar a intervenção da jurisdição para a proteção de direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, como forma de assegurar a integridade do princípio da separação de poderes e do princípio democrático numa dupla dimensão política: a dimensão representativa e a dimensão participativa.

Foi assim que, com os aportes teóricos do constitucionalismo garantista, de Ferrajoli, chegou-se à resposta ao problema ao mesmo tempo em que se comprovou a hipótese apresentada: se existe um espaço reservado à democracia política na sua dupla dimensão, isto é, na dimensão representativa e na dimensão participativa, e essa circunstância atua de modo a potencializar a efetivação dos direitos sociais, o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias, por meio da participação de comunidades e grupos de pessoas beneficiárias das políticas públicas destinadas à proteção dos direitos sociais, constitui elemento conformador da legitimidade da jurisdição para a proteção daqueles direitos.

Evidentemente, isso implicará um maior protagonismo de comunidades e grupos e, como consequência, um aprofundamento da democracia. Daí a previsão segundo a qual o condicionamento da intervenção da jurisdição para a proteção dos direitos sociais ao prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias teria como consequência uma radicalização da democracia e a passagem da ênfase das tutelas coletivas, enquanto resultado do processo jurisdicional tendente a proteção de um direito, aos coletivos de tutela, ou seja, àqueles grupos e comunidades organizadas para lutar em defesa dos seus direitos.

Este é o quadro que se acha desenhado desde o ponto de vista teórico, mas também institucionalizado no âmbito do Estado democrático de direito. Contudo, torná-lo mais efetivo

requer medidas legislativas que visem ampliar ao máximo a possibilidade da presença de grupos organizados, com a finalidade de postular, em juízo, a proteção de direitos sociais. E mais: é necessário estender a esses grupos a possibilidade de celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta, seja com autoridades públicas ou agentes privados. Além disso, há que se considerar o prévio esgotamento das instâncias democráticas ordinárias como um pressuposto processual, cuja ausência de comprovação desautoriza o magistrado a julgar o mérito da causa.

Em suma, espera-se que a presente pesquisa esteja trazendo uma contribuição para a construção de um Direito Processual dos Direitos Humanos, orientado, dentre outros, pelo princípio da subsidiariedade, o qual assegura, ao mesmo tempo, o espaço destinado à democracia política, na sua dupla dimensão, assim como suas potencialidades no tocante à efetivação dos direitos sociais, além de deixar aberta a possibilidade de atuação da jurisdição, primeiramente no plano interno e, se necessário, no âmbito da jurisdição internacional dos direitos humanos, com vistas a manter os poderes públicos e privados dentro da sua esfera de atuação legítima, delimitada pelos direitos fundamentais, cumprindo, assim, o seu papel garantista consistente em tornar efetivos esses mesmos direitos. Finalmente, pensa-se que, dessa forma, se esteja contribuindo para a consecução de um dos mais importantes objetivos do Estado democrático de direito: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. *A discricionaidade judicial e sua (in)compatibilidade com o estado democrático de direito: positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário pós-positivista*. Dissertação de mestrada apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, dezembro de 2011.

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 166, p.27-70, 2008.

AGUIAR, Mirela de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ALLEGRETTI, Humberto (a cura). *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*. Firenze: Firenze University Press, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, J. A. Linhares. Direitos humanos, cidadania e globalização. *Lua Nova*, n. 50, p. 185-206, 2000.

AMARAL, Jorge Augusto Paes do. *Direito processual civil*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedida, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO AYALA, Patrick de. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade de risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helini Silvino;

LEITE, José Rubens Morato. (coords.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

AUGER LIÑAN, Clemente. Sobre el Poder Judicial en el constitucionalismo español. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 26, 1996.

AVELÃS NUNES, António José. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

_____. *Do capitalismo e do socialismo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Uma leitura crítica da atual crise do capitalismo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

_____. *A Constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Coimbra: Almedida, 2008.

AVELÃS NUNES, António José. O Estado capitalista: mudar para permanecer igual e si próprio. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (orgs.). *Constituição e estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Introdução: A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: PIRES, Roberto Rocha. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. v. 7. Brasília: IPEA, 2011.

_____. O estatuto da cidade e a democratização das políticas urbanas no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 91, p. 6, 2011.

_____. Globalização e espaços públicos: a não regulação como estratégia de hegemonia global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 1, n. 63, p. 107-123, 2002.

_____. *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados* 50, n. 3, p. 443-464, 2007.

_____. *A moralidade da democracia: ensaio em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: UFMG, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 81, p. 233-289, 2005.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, J. N. M.; FREGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs). *Constituição e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n. 2, p. 101-120, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blidagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006.

BERIZONCE, Roberto, O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, p.131-134, nov. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *et al. Dicionário de política*. Brasília: UNB, 2000.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Verriani *et al.* 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BODIN, Jean. *Os seis livros da república: livro primeiro*. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. *Os seis livros da república: livro segundo*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

_____. *Os seis livros da república. Livro sexto*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial os direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Crise do estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. Crise do estado e democracia: onde está o povo? – 2. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, 2006.

_____. *O estado e seus limites: reflexões sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al* (orgs.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n. 2, p. 217-242, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *et al*. *Constituição e Estado social: obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; O Estado constitucional entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência*. 2. ed. São Paulo Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2011.

BOVERO, Michelangelo. *Una gramatica de la democracia: contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía*, n. 16, p. 21-38, abr. 2002.

- BOYER, Robert; DRACHE, Daniel. *Estados contra mercado*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, José de Sousa e *et al. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- BUHLUNGU, Sakhela. O reinventar da democracia participativa na África do Sul. Tradução Sara Araújo In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2005.
- CABO MARTIN, Carlos. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Frabris, 2012.
- CAMARGO, José Márcio. Gastos sociais: focalizar versus universalizar. *IPEA Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, n. 7, p. 117-121, ago, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- _____. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Camargo, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- _____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- CANFORA, Luciano. *A democracia: história de uma ideologia*. Tradução de José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente. In: *Coletânea de Estudos em Homenagem a Francisco Lucas Pires*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1999.

_____. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. O Estado garantidor: claros: escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Coimbra: Almedida, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso á justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARBONELL, Miguel *et al.* El canon neoconstitucional. Madri: Trotta, 2010.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre o pensamento crítico de Luigi Ferrajoli*. Madri: Trotta, 2009.

_____. *Constitucionalismo e democracia*. Madri: Perrúa, 2004.

CARMO, Renato Miguel do (coord). *Desigualdades em Portugal: problemas e propostas*. Lisboa: Edições 70, 2011.

CARNEIRO, Maria Lucia Fattorell. *Auditoria da dívida eterna: questão de soberania*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heteroreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O desenvolvimento do constitucionalismo moderno e o novo horizonte hermenêutico*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: UFBA, 2005.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo: um instrumento de efetivação do estado democrático de direito*. São Paulo: Pillares, 2006.

_____. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara *et al* (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Ermani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov.2004.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASIMIRO, Isabel Maria; SOUTO, Amélia Neves. Empoderamento econômico da mulher: movimento associativo e acesso a fundos de desenvolvimento local. Maputo: Centro de Estudos Africanos-Universidade Eduardo Modlane, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A constituição entre o direito e a política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do Estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n.47, p. 141-160, 2007.

CASTORIADIS, Cornelius. La democracia como procedimiento e como regime. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 26, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG-Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n. 2/3, p. 135-143, 2001-2002.

CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes: histórias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Trotta, 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLUNY, Antonio. La crisis económica mundial y la independencia del poder judicial. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 71, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

COMELA, Víctor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leandro García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: UEC, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de políticas aplicáveis a todos os governos*. Tradução de Jourbet de Oliveira Brizida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

_____. *A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos*. Tradução António de Araújo. Coimbra: Tenacitas, 2001.

COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORTINA ORTS, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. Madri: Tecnos, 2008.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2007.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont Alverne Bsrreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A moderna análise política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1970.

_____. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

DALARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, Tutela de urgência nos processos coletivos: notas e particularidades. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, jan. 2007.

_____. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, nov. 2008.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coords.). *Teoria do direito neoconstitucional. Superacção ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madri: Dykinson, 2004.

DRYZEK, J. S. *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford University Press, 2000.

_____. Political inclusion and the dynamics of democratization. *American Political Science Review*, v. 90, n. 1, 1996.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A virtude soberana*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. The partnership conception of democracy. *California Law Review* n. 86, p. 453-458, 1998.

_____. Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio majoritário. In: BRITO, José Sousa e *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ETERRRÍA, Eduardo García. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011.

FARIA, Cláudia Feres. O estado em movimento: complexidade social e participação política no Rio Grande do Sul. Tese de Doutorado em Ciências Humanas: sociologia e política, apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

FERNANDES, Maurício Machado. A judicialização da política e o problema da lei complementar n. 135/2010: uma análise da democracia contemporânea revisitada pela intervenção jurisdicional. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, março de 2012.

FERNÁNDEZ, Ernesto Ganuza. Los presupuestos participativos e España. In: ALLEGRETTI, Humberto (org.) *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*. Firenze: Firenze University Press, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. v. I-III. Madri: Trotta, 2011.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

_____. Derecho y dolor. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

_____. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

_____. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Poderes Salvages: la crisis de la democracia constitucional*. Madri: Trotta, 2011.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens jurídicos fundamentais*. Tradução Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução Alexander Araujo de Sousa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, n. 16, p. 7-20, 2002.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2007.

_____. Epistemología jurídica e y garantismo. México: Fontamara, 2004.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombr, 2001.

_____. Sobre la definición de democracia: una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía*, n. 19, p. 227-240, oct. 2003.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)consitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 95-113, 2011.

_____. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Garantías. *Jueces para la Democracia*, Madrid, p. 39-46, Jul. 2000.

_____. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Ruan Ruiz. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos-Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FLORES, Joaquim Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FOISNEAU, Luc. *Governo e soberania: o pensamento político moderno de Maquiavel a Rousseau*. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. Porto Alegre: Linus, 2009.

FRASCATI, Jaqueline Sophie Pweiotto. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais da prestação: apontamentos para um debate. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 63, p. 81-129, abr.-jun. 2008.

FREITAS, Jânio de. Sensacionalismo e violência em São Paulo. *Folha de São Paulo*, edição de 11/11/2012.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. Extinção do processo e mérito da causa. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCÍA AMADO, J. A. Derechos y pretextos: elementos de críticas del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1997.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, 2008.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Procesos colectivos*. México: Porrúa, 2003.

_____. *Procesos colectivos y class action*. *Anais da I Conferencia Internacional e XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, jun. 2012.

GIL, Maria Ángeles Bengoechea. La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvana; ROSSETTI, Andrés (Eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI: un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: DYKINSON, 2010.

GRAU, Ximo Bosch. El estado social y sus detratores. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 71, 2011.

GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Democracia como valor, como ideal y como método. In: In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da defensoria pública para ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n.165, p. 299-317, nov. 2008.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 9-15, jan./mar. 2000.

_____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GOYARD-FABRE, *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. *Isonomía*, n. 22, p. 223-228, abr. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. *Liberdade, igualdade, fraternidade: 1789 como história, actualidade y futuro del estado constitucional*. Madri: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez. Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Texto, 2010.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I-II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Tradução de George Sperber. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márci Suzuki. *Novos Estudos*, n. 26, p. 100-113, 1990.

_____. Três modelos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, p. 39-95, 1995.

_____. Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana. In: AGUILA, Rafael del, VALLESPÍN, Fernando *et al.* *La democracia en sus textos*. Madrid, Alianza, 2010.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HERMET, Guy. *A democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direito sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HIERRO, Liborio L. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2010.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

_____. Valores de la democracia constitucional. *Doxa - Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n. 31, 2008.

IPPOLITO, Dario. Itinerarios del garantismo. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 69, 2010.

JULIANO, Rafael Augusto Baptista. A tutela de urgência nas ações coletivas. *Revista de Processo de Processo*, São Paulo, n. 165, p. 344-356, nov. 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JUSTO, A. Santos. *Introdução do estudo do direito*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional*. Sérgio Sérvulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkom. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAVALLE, Adrián, Gurza. Participação: valor, utilidade, efeitos e causa. In PIREZ, Roberto Rocha. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da invenção totalitária*. Tradução de Maria Leonor Loureiro e Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Autêntica, 2011.

LEGGÉ, Jean de. *Sondagens e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 2007.

LÖWY, Michael. Sem indignação, nada de grande e significativo ocorre na história. Entrevista à Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=21444. Acesso em: 27/12/2012.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-134, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MADISON, James. A separação de poderes – II. In: HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 401.

_____. Freios e contrapesos. In: HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Uma construção histórica para a interpretação constitucional. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARMELSTEIN, Jorge. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARSHALL, H. T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARSIGLIA, Regina M. G. Políticas sociais: desigualdade, universalização e focalização na saúde no Brasil. *Saúde e Sociedade*, v. 14, n. 2, p. 69-76, maio-ago. 2005.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Coista. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.

MATOS, André Salgado. *O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*. Relatório de mestrado da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997/1998.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: história del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Caetano Lo Mônaco, Joao Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas: no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *O Guardião da constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MIGLINO, Arnaldo. *A cor da democracia*. Florianópolis: Conceito, 2010.

_____. *A democracia como difusão de poder. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCost*, Curitiba, p. 83-94, 2011.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Constitucionalismo y democracia. *Isonomia*, Madrid, n. 21, p. 51-84, Oct. 2004.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *DADOS Revista de Ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p. 483-411, 2002.

_____. A democracia e a crise da democracia política: a *accountability* e seus impasses. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. 16, 17 e 18 de setembro de 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge *et al* (coords.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. Colóquio n. 10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: BRITO, J. Sousa e *et al*. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10. aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso*: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

MORGADO, Miguel. Nota do tradutor. In: MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

MOTTA, Cristina Reindolff da. A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério*: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

MOUFFE, C. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, p. 87-108, jul.-dez. 1994.

NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 75, p.145-174, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Prefácio. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETO, Alejandro. *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid: Trotta, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

_____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Direitos como trunfo contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUN, José. *Democracia: Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? *Novos Estudos Cebrap*, n. 31, out./91.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Colóquio realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, no dia 29 de setembro de 2009.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as condições de possibilidade dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (orgs.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

ORUNESU, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marciel Pons, 2012.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2011.

PANSSIERI, Flávio. Um novo método de decisão. Conferência proferida durante o XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, no dia 28/03/2012, na Cidade de Londrina – PR.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011.

PEREIRA, Jean Carlos Nunes. *Direito à moradia adequada*. IX Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Campo Grande – MS, 18/11/2010.

PEREIRA, Jordeana Davi; SILVA, Sheyla Suely de Souza; PATRIOTA, Lucia Maria. Políticas sociais no contexto neoliberal: focalização e desmonte dos direitos. *Qualit@s – Revista Eletrônica*, Edição Especial.

PETRELLA, Riccardo. *El bien común*. Traducción María Puig de la Bellacasa. Madrid: Editorial Debate, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n 2, p. 79-100, 2004.

PISARELLO, Geraldo. *Un largo Termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PORTUGAL, Silva; MARTINS, Paulo Henrique (orgs.). *Cidadania, políticas públicas e redes sociais*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Revista Doxa*, Madrid, n. 21-II, 1998.

_____. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

_____. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

_____. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.

_____. Leys, principios, derechos. *Cuadernos Bartolome de las Casas*, n. 7, Madrid: Dykinson, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

_____. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos*. Dourados: UFGD, 2009.

_____. Tribunal constitucional e positivismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Comp.). *Teoría de la constitución*. México: Porrúa-UNAM, 2000.

QUARESMA, R.; DE PAULA OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. M. R. de (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. v. II. Coimbra: Américo Amado Editor, 1961.

RAGAZZINI, Dario. *Teoria da personalidade na sociedade de massa: a contribuição de Gramsci*. Tradução de Maria de Lourdes Menon. Campinas: Editores Associados, 2005.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMÍREZ, Martín Agudlo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas. Madrid: Temis, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REESE-SCHAFER, Walter. *Compreender Habermas*. Tradução de Vilmar Schneider. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, n. 19, p. 241-266, 2003.

REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Ángela Margarita. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2. ed. Bogotá: Temis, 2008.

RIBAS VIEIRA, José (Coord.). O supremo Tribunal Federal em tempo de mudança: parâmetros explicativos. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2005.

ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. O judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUEZ-ALCALÁ, Diego Moreno. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *UNED. Teoría e Realidad Constitucional*, n. 16, p. 313-341, 2005.

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*. Madrid: Dykinson, 1999.

ROSAVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática*. Madri: Paidós, 2010.

ROTENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeitos: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SAAVEDRA, Gioveni Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan.-abr. 2008.

SALAZAR, Pedro. Nota sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen. *Isonomía*, n. 28, p.187-197, abr. 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substanciação e efetividade do direito procoessual civil: sumariabilidade material da jurisdição*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. A Jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Da teoria do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo, n. 121, mar. 2006.

SANTANA, Gustavo da Silva. *A administração pública em juízo: o patrimonialismo como óbice ao princípio da eficiência*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, dezembro de 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Luna Nova* n. 39, p. 105-124, 1997.

_____. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional, 2002.

_____. SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado social, estado providência e de bem-estar. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=21456. Acesso em 30/12/2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa* (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar do cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira Santos. *Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Gustavo Ferreira Santos. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2009.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de constitucionalismo dirigente possível. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 82, p. 239-289, 2006.

_____. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2010.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos social: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/> Acesso em 25/10/2012.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 51, p. 79-99, 2007.

SCAFF, Fernando Facury; NUNES, António José Avelãs. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHMITTI, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rei, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SEBASTIAN, Linares. *La legitimidad democrática del control judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía* n. 28, p. 149-178, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras 2000.

_____. *A ideia de justiça*. Tradução Nuno Castelo-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Democracy as a universal value. *Journal of Democracy*, 10(3), p. 3-17, 1999.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses e João Tiago Proença. Lisboa: Clube de Leitores, 2008.

SMITH, Paul. *Filosofia moral e política: liberdade, direitos, igualdade e justiça social*. Tradução de Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2009.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Ramos Elival da. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Mário Ramos Pereira. *O regime dos direitos sociais na constituição cabo-verdiana de 1992*. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVA, Moema Santana. A racionalidade do controle judicial das políticas públicas: a realidade brasileira, uma saída possível? Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

SILVA, Susana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra, 2007.

_____. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*, Coimbra, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVINA RIBOTTA, Adrés Rossetti *et al.* *Los derechos sociales en El siglo XXI: um desafio clave para El derecho y la justicia*. Madrid : Instituto de Derechos Humanos Bartolomé; Dykinson, 2010.

SORT, B. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

SOUZA, Luciane Moessa de. Efeitos da decisão do mandato de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 65, p. 158-178, 2008.

SOTELO, Ignacio. *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo e declive*. Madrid: Trotta, 2010.

SOTTILI, Rogério. Entrevista à Rede Brasil Atual. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/rogerio-sottili-populacao-de-rua-de-sp-sera-prioridade>. Acesso em: 24/02/2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional da democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de; SARMEMTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaio sobre a reconstrução*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Verdade e consenso: da possibilidade à necessidade de resposta correta em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, p. 241-270, 2005.

_____. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Uma análise sociológica do direito. *Revista do Instituto Humanista Unisinos*, São Leopoldo, n. 305, ago. 2009. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2758&secao=305. Acesso em: 15/09/2012.

_____. Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; UNISINOS, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madri: Trotta, 2011.

_____. *El proceso adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis, 2008.

_____. *Sobre las fronteras*. Bogotá: Temis, 2006.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação judiciária nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado a apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos em 26/03/2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of power: the judicialization of politics*. New York: New York University Pres, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2011.

TEIXEIRA, Tiago Conde. *Os direitos fundamentais sociais na constituição brasileira de 1988*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

TÊMIS, Limberger. Burocracia, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomia*, n. 18, p. 47-75, abr. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?* Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOVAR, Joaquim Apericio. La Constitución es normativa: a propósito de la política de empleo. *Revista Jueces para La Democracia*, Madrid, n. 71, 2011.

VALLESPIN, Fernando; ÁGUILA, Rafael *et al.* *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

VAZ, M. Afonso. O enquadramento jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Juris et de jure*: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Porto: Porto, 1998.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 4(2), p. 389-406, jul./dez. 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. Class Action e azione collettiva risarcitoria: la legittimazione ad agire e altro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 160, p.181-204, jun. 2008.

VOVELLE, Michel. *A revolução francesa explicada à minha neta*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBERT GOMES, Di Lorenzo. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Tutela dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v.1. Brasília: UnB, 2004.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisões judiciais e risco no direito à saúde: a concessão de medicamentos experimentais e a obrigatoriedade da decisão: um aporte sob a perspectiva sistêmica da comunicação entre a decisão do poder judiciário e o sistema de saúde*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, dezembro de 2011.

WILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Novos direitos no Brasil: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WRIGHT, Benjamin Fletcher. *Introdução*. In: HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Historia y constitución*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZENNI, Alessanddro Severino Valler; ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. *O direito na perspectiva da dignidade humana*. Porto Alegre: Fabris, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.