

ESTADO, DEMOCRACIA E A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA

STATE, DEMOCRACY AND THE NEED FOR A POLITICAL CONSTITUTION

ESTADO, DEMOCRACIA Y LA NECESIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Laura Jane Ribeiro Garbini Both¹

Marcelo Paulo Wacheleski²

Clayton Gomes de Medeiros³

1 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professora Pesquisadora do Mestrado em Direito no PPGD (Programa de Pós-Graduação em Direito) da UniBrasil em Curitiba, Paraná, Brasil. *E-mail*: laura.both@unibrasil.com.br

2 Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, SC. Pós-Graduado em Filosofia do Direito pela PUCPR. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Universidade do Contestado, Mafra, SC, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Jurisdição Constitucional e Administração Pública". *E-mail*: marcelopaulow@unc.br

3 Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires. Mestrando em Direito pela UNI-BRASIL, Curitiba, PR. Professor de Direito Tributário e Ciência Política da Universidade do Contestado, Mafra, SC, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Fundamentais, Cidadania e Inclusão Social", Pesquisador dos grupos de pesquisa NUPECONST-UniBrasil. *E-mail*: claytoncgm@hotmail.com

Universidade do Contestado, Campus Mafra, Santa Catarina, Brasil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq "Jurisdição Constitucional e Administração Pública". *E-mail*: claytoncgm@hotmail.com

Resumo: O artigo se destina ao estudo da formação dos direitos fundamentais e a sua concretização pelo Estado. O objetivo geral da pesquisa é identificar as transformações do Estado e do constitucionalismo e o crescimento dos direitos fundamentais, bem como sua efetivação pelo Estado. As hipóteses construídas revelam as transformações do Estado e a sua aproximação com os fundamentos axiológicos do Direito, exigindo a releitura da teoria positivista e a própria dinâmica dos direitos fundamentais e da democracia. O fundamento teórico é baseado principalmente nas obras de Ferrajoli e Ariza. O método utilizado será o indutivo por meio da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Estado. Direitos Fundamentais. Constitucionalismo. Positivismo.

Abstract: The article studies the formation of fundamental rights and their implementation by the State. Its overall objective is to identify the transformations of the State and constitutionalism, and the growth of fundamental rights, as well as their enforcement by the State. The hypotheses built reveal the changes in the State, and their approach to the axiological foundations of the Law, requiring a re-reading of positivist theory and of the very dynamics of fundamental rights and democracy. The theoretical foundation is mainly based on the works of Ferrajoli and Ariza. The method used is the inductive one, through the use of legal categories and a literature review.

Keywords: State. Fundamental Rights. Constitutionalism. Positivism.

Resumen: Este artículo está destinado al estudio de la formación de los derechos fundamentales y a su concreción a través del Estado. El objetivo general de la investigación es identificar las transformaciones del Estado y del constitucionalismo y el crecimiento de los derechos fundamentales, así como su efectución por el Estado. Las hipótesis construidas revelan las transformaciones del Estado y su aproximación a los fundamentos axiológicos del Derecho, exigiendo la relectura de la teoría positivista y la propia dinámica de los derechos fundamentales y de la democracia. El fundamento

teórico está baseado principalmente en las obras de Ferrajoli y Ariza. El método utilizado será el inductivo, por medio de la utilización de categorías jurídicas e investigación bibliográfica.

Palabras clave: Estado. Derechos Fundamentales. Constitucionalismo. Positivismo.

INTRODUÇÃO

São frequentes as discussões na teoria constitucional a partir da construção do Estado Constitucional, a sua feição democrática e a inserção dos direitos fundamentais em Constituições com características notadamente políticas. A conquista dos direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, exige constante reflexão no paradigma da produção do direito e da sua efetivação pelo Estado, colocando em foco as funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: As transformações do constitucionalismo e a ampliação dos direitos fundamentais em Constituições Políticas exigem que seja revisitada a atuação dos Poderes Estatais?

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da identificação da inserção dos direitos fundamentais em Constituições Políticas, com textos fortemente principiológicos e políticos, para se chegar à necessidade de visitar as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com vistas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. Subdividiu-se o trabalho em duas etapas distintas: na primeira, identificam-se os fundamentos das transformações do Estado Constitucional e a sua aproximação com as bases axiológicas da teoria do direito. No segundo momento, o trabalho reflete sobre a necessidade de forte atuação dos poderes estatais, com realce ao crescimento da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para um enfraquecimento da política em seu lócus natural no Poder Legislativo, e uma crescente atuação do

Poder Judiciário, exigindo um movimento de contrário de politização do Poder Judiciário. A segunda hipótese é a necessidade de refundar os fundamentos de atuação da teoria do Direito, a partir do reconhecimento de sua proximidade com a base do Estado Constitucional Democrático, e o compromisso de efetivação dos direitos fundamentais. O trabalho foi construído com base nas teorias de Ferrajoli e Ariza, além da base atual da teoria constitucional.

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste primeiro momento, o estudo lança olhares nos aspectos relativos ao surgimento histórico dos direitos humanos e a sua positivação em direitos fundamentais clássicos de liberdade. Da mesma forma, discute a transformação do paradigma de produção, aplicação e compreensão do direito – a partir do monopólio estatal até o paradigma de pós-positivismo e os debates atuais quanto à possibilidade de superação do Estado democrático. O estudo exige a análise da formação do Estado e suas transformações ao longo da história, isso porque não se pode ignorar na teoria jurídica contemporânea, senão a exclusividade, pelo menos o Estado como fonte primária de produção normativa.

Como afirma Bobbio⁴, a análise da história das instituições e das doutrinas políticas constitui importante fonte para o estudo do Estado. Tem se mostrado igualmente produtiva a análise das alterações nos modelos regulatórios ocorridos nos períodos de monopólio da produção legislativa pelo Estado. “Ao lado da história segue o estudo das leis, que regulam as relações entre governantes e governados, o conjunto das normas que constituem o direito público (uma categoria ela própria doutrinária): as principais histórias das instituições foram histórias do direito [...]”⁵

Ao final da Idade Média, e no seu período de transição com o momento histórico definido como a Renascença a partir do séc. XVIII, é possível identificar os traços inconfundíveis do Estado Moderno, especialmente de sua principal

4 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** para uma teoria geral da política. 11. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2004. p. 53

5 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** para uma teoria geral da política. 2004. p. 54

característica – a soberania. Muito antes, porém, de se afigurar como expressão da vontade popular, o Estado Moderno veio com o objetivo de expurgar as diferenças de poder existentes na Idade Média e, para isso, representava em seu início a vontade do monarca, soberano, príncipe, ou seja, a maior autoridade temporal na terra. A base teórica da construção do Estado difunde-se pela obra de Maquiavel, que o identificava com a figura do príncipe e seu vínculo com a *res publica*.⁶ Este Estado Moderno pode ser dividido em duas fases: a primeira, ligada à Monarquia e à doutrina da Igreja, sendo seus principais teóricos Bodin e Maquiavel; a segunda fase, fundada inicialmente na obra de Hobbes, secularizou a legitimidade do Estado. Se antes, Deus garantia e justificava a aplicação da lei, agora, a destruição dos fundamentos metafísicos da legitimidade do poder impõe a necessidade de um fundamento racional para o exercício da força – trata-se de erigir o princípio da segurança jurídica nas relações sociais. O fundamento da teoria hobbesiana é a preexistência de um estado de natureza ao estado em sociedade. No mesmo sentido que Rousseau⁷ e Locke, segundo a teoria de Hobbes⁸, a partir da formação do Estado, o homem trocava sua liberdade pela certeza de sua conservação. A inovação trazida por Hobbes, em relação aos contratualistas antecedentes, é a fusão em sua teoria entre o contrato de associação e de submissão: não há distinção entre sociedade e poder (Estado) - o governo existe justamente para que os homens convivam pacificamente.⁹

Todas essas teorias estavam presentes no início do séc. XVIII, num período em que a Europa encontrava-se dividida pela necessidade de reconstrução econômica e diante de uma organização social em desequilíbrio e com grave

6 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30

7 Rousseau, também contratualista, tenta formular uma teoria em que a natureza humana possa ser transformada em leis civis, sem, contudo, trazer conflito com o estado de natureza. Essa mudança de paradigma somente é possível com o uso da razão. "Mas é que, aqui, natural é sinônimo de racional. Até a confusão tem sua explicação. Se a sociedade for obra humana, ela é feita com forças naturais; ora, ela será natural, em certo sentido, se utilizar essas forças segundo sua natureza, sem violentá-las, se a ação do homem consistir em combinar e em desenvolver propriedades que, sem sua intervenção, teriam ficado latentes, mas que não deixam de ser dadas nas coisas." DURKHEIM, Emile. O contrato social e a constituição do corpo político. in QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa; SOUZA, R. de. **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: Quieroz, 1992. p. 353

8 RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. in WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da Política**. 1 vol. 10 ed. São Paulo: Ática, p. 55

9 RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. in WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da Política**. p. 63

crise política. Persistiam fortes divisões na sociedade europeia – servos e pessoas livres –, sendo que essas últimas eram subdividas em três estamentos sociais (clero, nobreza e plebeus livres em geral). A acentuada diferenciação de classes culminou muito mais na França do que no restante da Europa, na marginalização do terceiro Estado das relações políticas da França, ocupando-se unicamente das relações econômicas. O alijamento do terceiro estado das relações políticas é descrito por Sieyès, articulador constitucionalista:

O que é o Terceiro Estado? O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada [...] O que é preciso para que uma nação subsista e prospere? Trabalhos particulares e funções públicas [...] Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente.¹⁰

A conturbação social emergia e agregava um grande número de adeptos à transformação socioeconômica e exigia a transformação da ordem jurídico-política por meio do racionalismo¹¹ que surgia como nova ordem da ciência. A transformação já vinha sendo anunciada com as experiências de Copérnico¹², Galileu Galilei, Newton e Descartes que abalavam as estruturas da religião católica que sustentava o modelo feudal. O império da razão encontrava solo fértil diante de tantas descobertas capazes de libertar a natureza humana das certezas eternas da religião e a superação de suas dificuldades por meio da engenhosidade e da inteligência humana.

A presença do racionalismo do poder na teoria dos pensadores - Rousseau, Locke, Hobbes e Montesquieu – aliado à razão surgida da ciência, propõe a

10 SIEYÈS. Joseph Emmanuel. **Que é o terceiro estado?** 2. ed. Rio de Janeiro: U. Júris, 1988. p. 63 e seguintes.

11 “[...] pode-se dizer que o termo em foco compreende os seguintes significados: 1º o racionalismo religioso designa algumas correntes protestantes, ou um ponto de vista semelhante ao de Kant. 2º O racionalismo filosófico designa propriamente a doutrina de Kant (que adotou esse termo), ou então a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes a Kant. 3º Em sua significação genérica, pode ser usado para indicar qualquer orientação filosófica que recorra à razão. Mas, nessa acepção tão vasta, esse termo pode indicar as filosofias mais díspares e carece de qualquer capacidade de individualização.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 822

12 “Copérnico causou sacrossanto estupor ao concluir que a Terra não era o centro do Universo [...] Galileu Galilei, além de comprovar o heliocentrismo [...] lançou as bases do método científico [...] Newton revolucionou a física e a matemática. Descartes desenvolveu o método lógico, como na matemática, para a busca da verdade.” TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 35

mudança de paradigma da produção do direito – não mais decorrente do direito natural ligado à religião -, mas agora, um direito fundado na natureza humana e sua racionalidade. “O direito, portanto, poderia ser descoberto/produzido pelo espírito humano, desde que se procedesse à sua investigação com os rigores do raciocínio, configurando-se como expressão moral de possibilidades inalienáveis, universais e eternas do ser humano [...]”.¹³

Restava, ainda, superar o modelo vertical de poder da organização da sociedade feudal. A ideia de privilégios e de exclusão do terceiro estado dos relacionamentos políticos não era coerente com a nova ordem constituída de indivíduos livres e iguais, “[...] cidadãos (não súditos), todos sujeitos de direitos, submetidos a leis comuns para todos, chamando a nação a soberania para si, não mais para um monarca detentor de poder absoluto.”¹⁴ Ao lado das transformações na política e na filosofia, novas áreas de conhecimento exigiam o *status* científico – a economia política – liderada pelos fisiocratas, que exigiam o afastamento do Estado das relações econômicas que se movimentam naturalmente e deveria restringir-se a garante da propriedade e da liberdade econômica. Apropriando-se e superando a ideia de liberalismo dos fisiocratas, em 1776, Adam Smith lança sua obra *A Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, que logo se torna o manual a ser seguido pelos burgueses na busca do livre comércio como promessa de “[...] uma ordem social natural que aumentará rapidamente a riqueza das nações e o bem-estar dos indivíduos competidores”.¹⁵

Antes da efetivação de uma Constituição, firmou-se o entendimento entre os deputados quanto à necessidade de formulação de uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que viriam a firmar o momento revolucionário da França. “É considerada o atestado de óbito do Antigo Regime.”¹⁶

A declaração com visão claramente jusnaturalista declarou a igualdade de todos perante a lei, porém se trata tão somente de uma conotação formal da

13 TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 37

14 TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 38

15 TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 39

16 “Com base num novo projeto (vários anteriores foram desprezados) cujos principais redatores foram Mirabeau e Sieyès, a declaração começou a ser votada em 20 de agosto e foi aprovada no dia 26 desse mês, com dezessete artigos.” TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 53

igualdade e não fez ligação com a igualdade social. Trindade¹⁷ demonstra a compreensão da ideologia burguesa da Declaração:

Os constituintes deram-se por bem servidos gravando na Declaração de 1789 uma certa noção de liberdade que estava em voga entre os revolucionários liberais, que não precisava ir além do significado de garantia formal contra o Estado.

Assim, firmavam-se as garantias de resistência dos burgueses contra a onipotência do poder estatal garantindo-lhes o direito de comércio livre. Em 1789, com as Constituições Francesas da Revolução, inicia-se o Estado Constitucional que vem firmar o princípio da liberdade nas relações sócio-políticas. “Começa então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído.”¹⁸ Ergue-se um Estado com a ideia central de *povo*, iniciando a consciência da necessidade do exercício democrático do Poder e, com isso, a construção de direitos fundamentais. Por fim, com a queda da Bastilha na segunda metade do séc. XVIII, finda-se a era do Estado Feudal, firmando-se definitivamente o Estado Moderno, que “[...] simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável.”¹⁹

O ponto crucial a ser notado dentro da ideia inspiradora do Estado Moderno é a transição de um Estado absoluto para um Estado constitucional. Desse momento em diante, exige-se que a nação seja governada por leis e não mais por homens. A legalidade passa a ser a premissa básica e inafastável da atuação estatal e é expressada com veemência nos códigos e legislações.

O Estado Moderno desse momento histórico pode ser abordado sob enfoques diferentes. Pelo menos dois deles interessam ao presente estudo. A proposta de Georg Jellinek²⁰, no início do séc. XX, que propôs a distinção entre a doutrina sociológica e a doutrina jurídica do Estado. Se por um lado o Estado era reconhecido como principal órgão de produção jurídica e assim, do ordenamento

17 TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2002. p. 57

18 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2004. p. 35

19 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2004. p. 36

20 JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Cidade do México: FCE, 2002.

jurídico, não se omitia sua importante função por meio do direito de organização social. Se sua primeira função deveria ser tratada pelos juristas, a segunda seria objeto da sociologia como ciência geral surgida nesta época, e que englobava a teoria do Estado entre seus objetos de estudo.²¹

A distinção proposta por Jellinek é adotada por Max Weber, um dos fundadores da sociologia jurídica, que reafirma a necessidade de distinção entre o ponto de vista jurídico e o sociológico ao se tratar do direito, do ordenamento jurídico ou da norma jurídica, acrescentando que, enquanto o direito se ocupa da validade ideal das normas, a sociologia se prende a validade empírica.²²

Esse posicionamento somente se desestrutura com a afirmação da doutrina do Estado puro de direito formulada por Kelsen. Para Kelsen, o Estado é unitário e, como tal, não se dissocia como entidade diversa do direito, que regula e executa a formação e a aplicação das normas jurídicas. Na teoria kelseniana, o Estado não é uma força por detrás do Estado ou do direito. É ele a própria eficácia da ordem jurídica, razão pela qual o poder do Estado tem caráter normativo. Nessa proposta, Kelsen²³ supera o dualismo entre Estado e Direito, pois todo Estado teria de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica.

De sua formação no momento histórico indicado, até nossos dias, importante perceber que o Estado constitucional aparentou-se em duas fases: o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), e o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social).²⁴

21 “Essa distinção tornara-se necessária em seguida à tecnicização do direito público e à consideração como pessoa jurídica, que dela derivava.” BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 2004. p. 56

22 Bobbio, ao comentar a teoria de Weber, preleciona: “Este tratado torna-se um capítulo da teoria dos grupos sociais, dos quais uma espécie são os grupos políticos, que por sua vez se tornam Estados (no sentido de “Estado Moderno”) quando dotados de um aparato administrativo que avança com sucesso a pretensão de se valer do monopólio da força sobre um determinado território.” BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 2004. p. 57

23 “O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer direito.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 316

24 Tomamos como referência a classificação histórica apresentada por Bonavides. Contudo, o autor divide as fases do Estado constitucional em três períodos, acrescentando, além daqueles

O Estado constitucional da separação dos poderes situa-se logo após a eclosão da Revolução da Independência Americana e da Revolução Francesa, ocorridas na segunda metade do século XVIII. Enquanto a Revolução Americana fez surgir o espírito Republicano e proporcionou a emancipação de diversas colônias no continente, a Revolução Francesa disseminou em toda Europa a ideia de uma constituinte democrática. Foi sobretudo com a teoria de Montesquieu e o texto da Declaração dos Direitos do Homem²⁵ que se viu inaugurar a fórmula da divisão dos Poderes, e com isso selou-se a convicção de que a concentração de poderes deveria ser evitada, e a fórmula perfeita deveria prever o controle de um poder pelo outro.

À evidência, percebe-se a clara intenção do novo Estado em garantir as liberdades e os direitos políticos e civis. Essa primeira versão do Estado constitucional teve claro compromisso com a lei, o código, a necessidade de segurança jurídica, com a soberania e a autonomia da vontade, com a separação, a harmonia e o controle dos poderes, especialmente do governante – por fim, a promessa da emancipação. No governo das leis, inclusive o soberano deveria a elas se submeter. Assim, o Estado²⁶ firma-se como monopólio da produção normativa, firmando o princípio da legalidade como critério para reconhecimento do direito válido e vigente.

Deve-se observar que as matizes desse Estado constitucional da separação dos poderes é marcadamente liberal. O poder, imprescindível para ordenação do Estado, pode, facilmente, se tornar opressor das liberdades da sociedade. “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir ordenamento estatal, aparece, de

já indicados, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo), pretendendo a efetividade do direito fundamental à democracia, que, no entanto, não será objeto de estudo neste trabalho. Bonavides define o Estado Democrático – Participativo, como sendo, o “[...] o Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principais, principais, principiologicas ou de princípio.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2004. p. 48

25 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2004. p. 38

26 “El primer modelo es el fruto de la revolución que se produjo con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente.” FERRAJOLI, Luigi, **Positivismo crítico, derechos y democracia**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10/04/2006.

início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade."²⁷

Do ponto de vista institucional, o Estado liberal, e, posteriormente, democrático, [...], caracterizou-se por um processo de acolhimento e de regulamentação das várias demandas provenientes da burguesia em ascensão por uma limitação e uma delimitação do poder tradicional. Dado que essas demandas foram feitas em nome ou em forma de direito à resistência ou à revolução, o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode bem ser chamado de processo de 'constitucionalização' do direito de resistência e de revolução.²⁸

A consolidação do Estado constitucional, amparado fortemente no princípio da legalidade, foi indispensável para garantia das liberdades perante os poderes públicos. A nova face do Estado foi a garantia da nova organização social, com a manutenção de instrumentos de controle das ações dos governos e dos governantes.

A CRISE DO ESTADO NACIONAL E A EMERGÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O segundo momento do Estado constitucional é marcado pelas preocupações com os critérios de justiça que deveriam nortear a atuação estatal. Com a positivação dos direitos fundamentais de liberdade e autonomia, definidos como de primeira geração (dimensão), passa a ser necessária a promoção de debates sobre a efetivação da justiça, como garantia de direitos sociais e de desenvolvimento, colocados como direitos de segunda e terceira geração (dimensão).

O Estado liberal clássico da primeira fase do constitucionalismo foi alvo de severas críticas, tanto por parte do socialismo utópico, requerendo a reforma social, como pelo socialismo científico, pleiteando a extinção do Estado, visto somente como garante dos privilégios burgueses. A partir da segunda década do séc. XX, as estruturas do Estado Liberal passam a desabar com questionamentos que

27 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40

28 BOBBIO, Norberto. **Política e Direito in Teoria geral da política** – a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 9 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 256

pretendiam dissociar legitimidade e legalidade. Ora, o Parlamento, representante direto e legítimo do povo, erigia normas gerais de cunho universal e vinculante²⁹, o que gerava a crença da legitimidade estar na lei. Com a mudança de paradigma e a inserção de novos paradigmas econômicos, políticos e sociais, começa-se a formatar as linhas do Estado Social³⁰, que busca sua legitimidade não mais na lei, e sim na concretização dos direitos sociais garantidos nas cartas constitucionais – mormente expressos como princípios.

Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos da primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos de segunda geração, a legitimidade – e não a lei – se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. [...] A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; [...] Ou colocado em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. [...] A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade.³¹

Na primeira fase do Estado constitucional as decisões jurídicas e administrativas deveriam corresponder ao texto normativo, assim como posto, para garantir sua legitimidade. Trata-se, portanto, de um critério de vigência formal³², ou seja, a correspondência da decisão com o conteúdo normativo é garantia de sua segurança e justiça independentemente de seu conteúdo. A partir da constitucionalização do direito dentro do Estado Social, na segunda fase do constitucionalismo, insere-se um novo critério de verificação da validade da lei, tratado como critério de vigência substancial,³³ que nada mais é do que a adequação da lei ordinária ao

29 Reflexo do princípio *hobbesiano auctoritas, non veritas facit legem*.

30 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 2001. p. 183, 184, 187

31 BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2004. p. 44/45

32 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Andrés Ibáñez y Andréea Greppi. Madrid: Trotta, 2001. p.19

33 "En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas – habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional – no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad – por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma

conteúdo positivado no texto constitucional. Deste momento em diante, todos os poderes estão subordinados à Constituição, inclusive o Legislativo, na medida em que lhe é imposto uma limitação no direito de legislar, impedindo qualquer ofensa aos direitos fundamentais.

Portanto, é na segunda metade do século XX que se criou o controle de constitucionalidade das leis ordinárias.³⁴ Este fato coincide com dois eventos político-institucionais importantes: a criação de Constituições rígidas e o surgimento do Estado de bem-estar³⁵.

A partir da Revolução Russa de 1917, a burguesia mais flexível e com a única finalidade de preservar seus privilégios admite maior intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas, evitando o total colapso das instituições, do mercado e da política. Com essa mudança de paradigma, o bem-estar passa a ser a prioridade, enquanto, anteriormente, buscava-se a inviolabilidade da propriedade. "Houve uma espécie de substituição no conceito de liberdade, com a propriedade sendo substituída pelo Bem-Estar como condição para que o indivíduo fosse livre."³⁶

O surgimento desse novo modelo social de Estado retira o poder público da passividade e passa a exigir sua atuação direta na promoção da igualdade de oportunidade de todos no acesso a políticas sociais e econômicas em contraposição ao modelo vigente fundado no liberalismo ortodoxo.

Com o surgimento do Estado de bem-estar e principalmente em seu âmbito, do direito do trabalho, vê-se o fim da clássica separação entre o Estado e a sociedade civil. A partir dele, com a crescente expansão do princípio democrático,

sustancial sobre su producción." FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** p.19/20

34 ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p.88

35 "Estado de Bem-estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos." CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 207

36 CRUZ, Paulo Marcio. Intervenção e regulação do Estado. Disponível em: **Intervenção e regulação do Estado.** Disponível em: www.univali.br/cpcj. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007.

verificou-se uma institucionalização do direito na vida social, rompendo-se com a nítida distinção entre as relações privadas e públicas – provocando a publicização das relações privadas que passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas, ao mesmo tempo em que provocou a judicialização das relações políticas.³⁷

Conjuntamente a este fenômeno e até mesmo em decorrência dele, surgem nesta época as primeiras Constituições rígidas. Dentro de seu texto inscrevem-se direitos fundamentais que impõem limitações ao direito do Parlamento de legislar, inserindo direitos indispensáveis para a vida e para a liberdade fora do âmbito do decidível³⁸. De outra forma, este novo paradigma constitucional coloca o Poder Judiciário à disposição da sociedade civil como meio de reparação dos danos e das violações em seus direitos. Ademais, as Constituições contêm princípios que se colocam como meta-regras de conteúdo axiológico, impondo ao Poder Público não só seu respeito, mas também sua efetivação³⁹.

Os direitos fundamentais de liberdade - negativos, de defesa – constituem-se em impedimentos de ações do Estado. Trata-se do direito de não ser impedido a determinadas ações; de não ser perturbado em certas propriedades e situações; e, por fim, a garantia de que o Estado não eliminará determinadas posições jurídicas de seus titulares.⁴⁰

Por outro lado, a constitucionalização de direitos sociais dá à sociedade

37 VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 16/17

38 "Este ámbito de lo "no decidible" – el "qué" no és licito decidir (o decidir) – no es sino lo que en las constituciones democráticas se convino sustraer a la voluntad de la mayoría. En cualquier convención democrática a dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil e razones del pacto de convivencia: [...] la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad [...]". ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. 2005. p. 96

39 Princípios constituem em mandados de otimização, com forte carga valorativa e ética, via de regra, derivados de opções políticas que os colocam como direção a seguir. A direta ligação entre princípios e valores é facilmente reconhecida segundo Alexy, "por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por outra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores." ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.p. 138

40 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 1999. p. 189

civil o direito a prestações positivas do Estado. Cronologicamente, no Brasil, a concretização dos direitos sociais está ligada à sua constitucionalização, ocorrida por movimentos sociopolíticos que se desenvolveram em diversos países e tiveram suas bases principalmente nas classes trabalhadoras.

Em alguns países, a conquista de direitos sociais foi impulsionada por revoluções ou movimentos políticos, fundados nas classes trabalhadoras do campo e das cidades. Um desses eventos foi a Revolução Mexicana (1910-1917), [...], culminando com a Constituição de 1917, que poderia rivalizar com a de Weimar em termos de direitos políticos e sociais. [...]. Algo semelhante ocorreu no Brasil, após a vitória do movimento armado de 1930, que ensejou nos anos seguintes o reconhecimento legal dos sindicatos (postos, no entanto, sob tutela e controle do Estado), institui seguros obrigatórios contra a velhice e a invalidez e, a partir de 1940, salários mínimos para as diferentes regiões do país.⁴¹

De acordo com o modelo de Estado Social, além do governo regular a economia, devia implementar políticas públicas desenvolvendo programas de emprego, saúde e previdência, matérias que dependem de leis específicas. "Assim como o princípio de justiça social fora infiltrado no direito privado mediante a criação do Direito do Trabalho, no *Welfare State* tal princípio passaria a fazer parte da Administração."⁴²

Se a ciência política acolheu o Estado social como indispensável para efetivação do princípio da igualdade e da infiltração do senso de justiça no meio social, restou à ciência jurídica o problema de redefinir a atuação legislativa e judiciária diante da necessidade de criar novas formas de garantias a tornar eficazes os comandos positivos da Constituição sem, contudo, transformar-se em acalento paternalista. Altera-se o paradigma anterior do Poder Judiciário que, diante de uma violação de direito individual de liberdade, poderia declarar nulo, por falta de validade diante da norma constitucional, um ato administrativo ou legislativo e, agora, vê-se diante de lacunas legislativas que deve apontar e criar instrumentos para impulsionar a ação do parlamento, sob pena de tornar esses direitos unicamente programáticos.

41 SINGER, Paul. A cidadania para todos. in PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed. Contexto, 2003. p. 240

42 VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 17

O primeiro problema teórico encontrado no Estado social é a inexistência de mecanismos de garantia de sua efetividade como aqueles existentes no projeto de Estado liberal. De forma mais clara, é possível dessa análise concluir que as reflexões suscitadas pelos direitos sociais são de ordem econômica e política e que requerem uma transformação na produção de garantias e instrumentos jurídicos para evitar um extensivo sobrecarregamento do poder público que, recorrendo ao *welfare*, pode tornar-se paternalista e clientelista de prestações.⁴³

As teorias dogmáticas fundadas no liberalismo econômico se subdividem em *teoria da vontade-eleição* (*Windscheid, Austin*) e teoria do *interesse-beneficiário* (*Jhering, Bentham*), que vinculam critérios rígidos para definição da ação estatal perante o indivíduo.⁴⁴ A teoria jurídico-constitucional contemporânea propõe o alargamento dos direitos fundamentais sociais, incluindo em seu conceito: o direito de exigir proteção do Estado; direito à exercício de outros direitos promovidos pelo Estado (exemplo, participação em órgãos colegiais); direito a prestações fáticas como direito ao trabalho, à saúde, etc.⁴⁵

Na expressiva contribuição doutrinária de Canotilho⁴⁶, a posição jurídica prestacional reabilitou direitos fundamentais antes desacreditados por grande parte da doutrina e assim definidos:

1) no *plano político-constitucional*, as posições jurídicas prestacionais são posições claudicantes, pois a sua otimização pressupõe sempre uma reserva econômica do possível, que os órgãos ou poderes públicos interpretarão ou densificarão segundo os modelos político-económicos dos seus programas de governo;

2) no *plano jurídico-dogmático*, assiste-se a uma inversão do objecto do direito subjectivo: os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a

43 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2004. p. 109/110

44 "Estas teorias, não abdicam, ainda hoje, da liberdade do titular e ou do interesse (benefício) resultante da obrigação de outrem, como elementos indispensáveis à rigorosa caracterização do direito subjectivo. [...] Estas teorias, suficientemente operatórias como técnicas jurídicas do liberalismo económico, convertem-se em impasse teórico, em vez de se afirmarem como instrumentos auxiliares do direito, quando se analisam os modernos direitos a prestações." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 45/46

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 2004. p. 50

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 2004. p. 52/53

uma pretensão de omissão dos poderes perante a esfera privada; os direitos a prestações postulam uma *proibição de omissão*, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações;

3) nos *planos metódico e metodológico*, enquanto a densidade, das normas consagradoras de direitos de defesa permite, tendencialmente, a justicialidade destes direitos, jurídico-individualmente accionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da *interpositio* do legislador e demais órgãos concretizadores.

A doutrina jurídico-política base dos direitos sociais fomenta a inclusão desses direitos dentro da esfera dos direitos subjetivos e, assim, sua efetivação por meio de instrumentos processuais de garantia acionáveis pela jurisdição, o que traria a superação do método subsuntivo e ascensão do carácter político da atuação do juiz.

A mudança de paradigma trazida com a superação do Estado nacional (liberal), aperfeiçoamento do Estado social e, com ele, a ampliação da concepção de direitos fundamentais pela ciência jurídica, vem tornar claramente exigíveis em juízo os direitos à prestação como direitos subjetivos, o que antes se reservava, unicamente, ao âmbito do Poder Executivo como responsável pela implementação de políticas públicas.

A construção teórica dos direitos sociais como direitos fundamentais pretende efetivar a inclusão da ética pública e de critérios de justiça dentro dos textos constitucionais. Entende-se que o direito, juntamente com os valores e os princípios, formam parte do conteúdo da justiça de uma sociedade democrática moderna e tem como objetivo último ajudar a que todas as pessoas possam alcançar um nível máximo de humanização. Se todas as dimensões de direitos com suas características cumprem função indispensável na concretização da dignidade humana, - objetivo último do direito – não há motivo para excluir dessa concepção os direitos econômicos e sociais. Somente uma pessoa que tenha suas necessidades vitais mínimas atendidas poderá desfrutar adequadamente dos direitos civis e políticos e decidir livremente na vida pública e privada.⁴⁷

47 MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto.** p. 29/30.

NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E AS RELAÇÕES SOCIOPOLÍTICAS: NEOCONSTITUCIONALISMO, POLÍTICA E DIREITO

A teoria geral do direito na contemporaneidade tem se dedicado ao estudo das transformações provocadas pelos novos ordenamentos constitucionais nas sociedades ocidentais. O período pós-guerra, em resposta ao horror dos sistemas totalitários, reaproximou o direito da ética e a filosofia jurídica se voltou contra o positivismo independente de vínculos morais. A obediência à lei passa a estar relacionada com sua dimensão ética e correspondência com os valores presentes na sociedade. Essa nova concepção traz em si o novo paradigma do direito constitucional – o pós-positivismo. Esse novo modelo perpassa as duas grandes fissuras das correntes jus-filosóficas: o jusnaturalismo e o positivismo, procurando não mais a prevalência de um ou outro sistema, mas a fusão de ambos num único modelo denominado de pós-positivismo.⁴⁸

O jusnaturalismo moderno formula-se a partir do século XVI, convergindo as teorias da razão e da lei sobre uma mesma nota, fundando-se em princípios de justiça universal e firmando-se como o novo paradigma da filosofia do direito adotada pelos liberais presentes nas Revoluções. Essa concepção somente foi abalada com as concepções positivistas do século XIX, que, pretendendo dar uma conotação científica ao Direito, criaram critérios de validade e legitimidade para o direito, equiparando este com a lei e desligando-o de qualquer vínculo com a ética ou a moral. A concepção positivista experimentou seu fracasso com a queda dos regimes fascistas e nazistas que estavam ancorados em suas premissas e foram responsáveis por uma das maiores tragédias da história.

48 “O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.” BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

A impossibilidade histórica de manutenção do modelo jusnaturalista e o fracasso do positivismo reascenderam novas discussões para reaproximação do direito com sua função social, moral e ética. Nesse contexto, surge o pós-positivismo, que “[...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”⁴⁹

Esse momento pós-positivista é marcado pela prevalência da norma constitucional, de uma nova postura em sua interpretação e pela expansão da jurisdição vinculada à constituição com vistas a garantir direitos fundamentais (de liberdade e sociais), firmados no texto constitucional. A esse novo modelo se denominou neoconstitucionalismo, teoria que propõe um novo modelo teórico para explicação e descrição do direito nos Estados Constitucionais, caracterizando-se por negar a tese juspositivista de separação entre direito e moral.⁵⁰ Esse novo modelo vem recompor a fissura existente entre os Estados constitucionais tradicionais e a democracia. Isso porque, no modelo constitucional anterior, ou se colocava em favor do povo soberano, e assim, contra uma ideia de lei fundamental vinculante para o futuro, ou em favor da Constituição como ideal de estabilidade e equilíbrio, opondo-se, desta forma, à ideia de povo soberano.⁵¹

As razões que fundamentam as críticas neoconstitucionalistas ao positivismo estão baseadas no surgimento das novas Cartas Constitucionais que transformaram o Estado legalista moderno em Estados constitucionais, subordinando a lei ao texto constitucional, sob critérios de validade não somente formal, mas também material. A possibilidade de que o Estado de direito possa variar de conteúdo em cada sociedade que esteja presente, fez com que a teoria positivista do direito buscasse a conceituação de um Direito baseado tão somente em suas propriedades formais, de modo que o “dever ser” do Direito seja tão semelhante

49 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

50 POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 188. “Neoconstitucionalismo es un término que há entrado em el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, [...] será empleado para indicar una precisa perspectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse em la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición delos limites juridicos al poder politico) y antipositivista.”

51 ARIZA, Santiago Sasire. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. *In* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 239

quanto possível, frente ao ideal de qualquer sistema jurídico que seja avaliado.

O Estado de direito, na precisa conceituação de Ferrajoli⁵², tomado num sentido débil ou formal, corresponde aos ordenamentos em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos segundo os procedimentos estabelecidos na legislação. Em outro sentido, o Estado de direito em sentido forte designa tão somente aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculados à lei não somente quanto à forma, mas, também, quanto ao conteúdo. São os Estados constitucionais em que o poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Conjugando-se a interpretação neoconstitucionalista com a reaproximação na teoria contemporânea entre o direito, a moral e a ética, traz nova relevância aos princípios constitucionais, sobretudo àqueles que disciplinam os direitos fundamentais (de liberdade e sociais), relevando o caráter político da Constituição e a entrada na esfera pública do Poder Judiciário, como garantia de efetividade e concretização desses direitos.

Nesta nova perspectiva dos Estados neoconstitucionais, uma de suas forças metateóricas é a alteração no paradigma que colocava a Constituição como declaração programática para aceitá-la como norma jurídica com força jurisdicional. Por essa nova postura, a Constituição não se presta para regular apenas as relações entre os Estados, ou entre estes e os cidadãos, mas para disciplinar todas as relações sociais. Também, as relações políticas passam a ser intermediadas pelo texto constitucional devido ao forte peso moral e político dos princípios, permitindo a intervenção dos Tribunais para examinar e interpretar a valoração política que sustenta a norma jurídica.⁵³

A constitucionalização (neoconstitucionalismo) apresentou distinções em relação ao sistema legislativo anterior, que, segundo Figueroa,⁵⁴ as quais são principalmente de ordem material, estrutural e funcional e com um aspecto político. No aspecto

52 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005. p. 13

53 FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho em tiempos de Constitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005.

54 FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho em tiempos de Constitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005. p. 165/167

material está presente a já debatida aproximação axiológica do direito com a moral. No aspecto estrutural se encontra a forma de argumentação que se sustenta com a nova relevância concedida aos princípios que têm seu âmbito de aplicação expandido. No que se refere ao aspecto funcional, os princípios rompem com o método subsuntivo de aplicação da norma e sobrelevam o caráter da ponderação nos novos textos constitucionais. Assim, se no aspecto material se verificou a aproximação do direito com a moral nas características funcionais, o raciocínio jurídico se aproxima do raciocínio moral e o estudo do fenômeno jurídico tende a ser concebido como um estudo específico da argumentação prática em geral.

A importância das transformações apontadas pelos aspectos material e funcional e a aproximação do direito com a moral e com a argumentação prática trazem como consequência direta e determinante nos novos modelos constitucionais – o protagonismo do Poder Judiciário e o papel coadjuvante do Poder Legislativo.

A tensão provocada por esse novo modelo se evidencia-se pela insuficiência do modelo lógico-formal para aplicação da norma jurídica por meio da subsunção, pois os critérios (hierárquico, cronológico e de especialidade) não dão conta da complexidade dos princípios constitucionais, tendo-se que recorrer à ponderação. O amplo espaço de discricionariedade fomenta as críticas quanto à aplicação mediata ou imediata dos princípios, requerendo a presença do legislador para apresentar o sentido exato ou apontando para interpretação judicial do sentido aplicável ao conteúdo dos princípios. Mesmo na teoria de Ferrajoli⁵⁵, que pretende apontar caminhos para diminuir a discricionariedade dos juízes, encontra-se a importante observação de que os juízes somente têm a obrigação de aplicar as leis que consideram constitucionais.

A proposta neoconstitucional provoca fissura também na concepção de ciência jurídica adotada pelo positivismo jurídico⁵⁶, que exige a neutralidade e o modelo

55 FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción em la Crisis del Estado Nacional. *in* ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional del Derecho**. 2005. Apontando a possível contradição no pensamento de Ferrajoli: ARIZA, Santiago Sasire. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**. *in* CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). 2005. p. 243

56 O positivismo jurídico inclui, várias perspectivas. Numa delas, refere-se a separação entre o direito e os outros campos (*separability thesis*), tendo como principal representante o

descritivo. Nos Estados constitucionais, aporta-se a uma reivindicação não só de um ponto de vista externo, mas também a adoção de um ponto de vista interno, com a confluência de juízos de valor na análise do direito e a primazia de um caráter prático da ciência jurídica frente à sua apresentação como um estudo de expressão científica.

O positivismo jurídico, em sua formulação teórica kelseniana, procurava estabelecer uma ciência jurídica genuína, seguindo os critérios da *função* e do *método* da ciência moderna.⁵⁷ Por meio da função se estabelecia o distanciamento da ciência jurídica de qualquer aspecto prático ou axiológico da filosofia jurídica. Essas duas características da ciência são formuladas dentro do direito por meio dos princípios kelsenianos para o Direito relacionados à neutralidade e à autonomia. O direito como função teria tão somente que descrever o direito. Não é correto dizer que Kelsen negava o aspecto social presente no Estado, apenas apregoava que esse assunto não deveria ser tratado pelo Direito. O método requer da ciência jurídica a formulação de um sistema normativo capaz de explicar o Direito.⁵⁸ Outra perspectiva do positivismo jurídico formulada por Ross⁵⁹, buscando da mesma forma que Kelsen, alcançar uma Ciência do Direito pura, elege o caminho neoempirista, dando importante relevância à eficácia em sede jurisdicional da norma jurídica. Ao contrário do desenvolvimento teórico de Kelsen, o descritivismo de Ross não desemboca no objetivismo e traz certo relativismo, já que o direito vigente depende da aplicação dos Tribunais.⁶⁰

jurista Hans Kelsen, com sua obra *Teoria Pura do Direito*. Outras referências do positivismo jurídico são encontradas em sua tese social representada por Herbert Hart, em sua obra **O conceito de Direito**. Outras variantes do positivismo jurídico são encontradas em Joseph Raz e no realismo escandinavo de Alf Ross.

57 Claudia Rosane Roesler apresenta, em sua obra *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*, as características básicas do modelo moderno de ciência. Segundo Roesler, "Nessa concepção, as idéias-chave sobre a ciência podem ser assim resumidas: a) ciência é um discurso bem estruturado; b) o método faz da ciência algo que pode ser ensinado; c) o método pode ser usado como um critério de demarcação entre o que é científico e verdadeiro e o que não o é. Em adição a essas três teses, outras duas devem ser consideradas: d) o método da ciência é universal e único; e) este método consiste numa bem definida e apropriada sucessão de etapas." ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 35/36

58 ARIZA, Santiago Sasire. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005. p. 247

59 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

60 "Finalmente, el carácter abierto del descriptivismo rossiano, que pretende reconocer la importancia de la eficacia y la presencia de la ideología, termina por acerca em exceso la dogmática a la sociología jurídica y a la política del Derecho." ARIZA, Santiago Sasire. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucional-**

A obra de Hart⁶¹, tida como a forma mais sofisticada do positivismo jurídico, procura superar as insuficiências das concepções de Kelsen e Ross. Partindo da necessidade de que o estudo descritivo do Direito deve considerar as regras aceitas e, assim, avocando o papel essencial da eficácia para a norma jurídica. Para Ariza⁶², em relação à ciência jurídica poderiam ser destacados da obra hartiana dois importantes aspectos: 1) a eficácia tem um caráter transcendental na identificação do Direito, já que esta se realiza por meio de uma regra de reconhecimento que aparece com a convergência do comportamento dos juizes quando da definição do conteúdo da lei por critérios de validade. 2) a necessidade de utilizar-se um conceito amplo de direito que permita a descrição tanto do Direito justo quanto do injusto, frente a um critério restrito que termina por incorporar a justiça ou a moral como critério de validade.

O neoconstitucionalismo afirma a limitação dogmática provocada na Ciência Jurídica por meio do positivismo jurídico para solução de problemas práticos e, assim, a impossibilidade desse modelo em sistemas jurídicos complexos, cujo modelo descritivo tem servido para ocultar o caráter político da Ciência Jurídica. De outra forma, o neoconstitucionalismo serviu para mostrar a dificuldade de definir os limites entre os modelos descritivos e prescritivos da Ciência Jurídica, pois enquanto algumas descrições podem ter caráter político, nem todos os juízos de valor podem ser colocados no mesmo plano teórico – não conduzindo necessariamente à subjetividade.⁶³

A ausência de distinções claras entre o caráter descritivo e prescritivo da Ciência Jurídica, bem como a confluência dessas duas características no modelo neoconstitucionalista, releva a importância dos valores e dos princípios constitucionais na prática judiciária. Essa nova postura constitucional abre espaço para a discricionariedade dos juizes e a superação do paradigma formal de apreciação do texto constitucional em sede jurisdicional, permitindo que

lismo (s). 2005. p. 248

61 HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1986.

62 ARIZA, Santiago Sasire. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005. p. 249

63 ARIZA, Santiago Sasire. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 254

os Tribunais revejam não somente aspectos relacionados à competência e à formalidade, mas também o conteúdo das ordens emitidas pelo poder público, a partir de uma análise axiológica frente ao texto constitucional, escoando as tensões sociais e políticas do parlamento para o Poder Judiciário, derivando na judicialização das relações sociopolíticas.

O CARÁTER POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO E A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL

Como afirmado, a partir de 1960, a filosofia política determinou fortes críticas ao Direito considerado expressão da força e da violência e distante da legitimidade social. Somente a partir da década de 80 é que se experimenta um retorno ao Direito e à busca dos fundamentos de sua legitimidade longe dos auspícios da força e da violência. “Consequentemente, o *retorno ao direito* é a via através da qual se evita a violência, dada a inexorabilidade do pluralismo e do conflito nas democracias contemporâneas.”⁶⁴

Porém, a qual Direito se pretende retornar, e sua força, nas sociedades atuais, provêm de onde? Cittadino⁶⁵ propõe dois caminhos capazes de trazer respostas à legitimidade do Direito após seu fundamento se afastar da metafísica sacra. No primeiro, o direito deve possuir uma racionalidade autônoma e independente de qualquer qualidade moral e ética. Sob essa perspectiva, o direito somente pode ter um momento de incondicionalidade se for encontrado no sistema de direito positivo, ou se tem um direito unicamente instrumental. No segundo caminho, procura-se encontrar um fundamento transcendente ao direito, como faziam os antigos, e romper com a sistemática racionalista instrumental. Esse é o caminho trilhado tanto pelos liberais quanto pelos comunitários e crítico-deliberativos⁶⁶, os quais têm como ponto comum a necessidade da presença

64 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004. p. 141/142

65 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2004. p. 142

66 “É exatamente no âmbito desta segunda via, que busca dar um sentido ao direito para além de um positivismo cuja marca fundamental é um ceticismo ético associado à idéia de desencantamento do mundo, eu podemos compreender como liberais, comunitários e crítico-deliberativos retornam ao direito nestes últimos anos.” CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2004. p. 142

da ética no âmbito do direito. "É, portanto, contra a racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que o movimento de *retorno ao direito* se constitui."⁶⁷ Ainda que com contornos distintos, as teorias liberais, comunitárias e deliberativas parecem ter caminhado por dois temas centrais – a Constituição e a interpretação constitucional.

No Brasil, a partir da década de 30, as conquistas históricas dos trabalhadores resultam no reconhecimento dos sindicatos, seguros contra velhice, invalidez e instituição do salário mínimo.⁶⁸ Correlatadamente, desenvolve-se o direito do trabalho que, além de devolver à sociedade a autonomia para reivindicar seus direitos, juntamente com o sindicalismo, trouxe ao direito novo paradigma de justiça ligado à sociedade. Essas manifestações trazem à exposição da esfera pública problemas resguardados na esfera privada, gerando novos conflitos que exigem uma posição que supere os limites da legalidade, aproximando a decisão judicial da política.

Com maior ênfase no Brasil, a constitucionalização dos direitos sociais é um marco teórico e fático desse movimento a que se denominou de judicialização das relações sociais. Verifica-se, com a Revolução de 30 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, e ainda, com maior visibilidade com a Constituição de 1934, inclinando-se para questão social e econômica. "Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar."⁶⁹

Contudo, ao contrário das Constituições anteriores, originadas de um contexto predefinido, no qual é possível identificar claramente as forças construtoras de seu texto, a Constituição de 1988 inova ao surgir do seio da Assembleia Constituinte. É possível identificar as Constituições de 1891, 1934 e 1946 como conclusões de um movimento político hegemônico. Ao contrário dessas, a Carta de 1988 acabou sendo elaborada sem contar com um anteprojeto e no contexto muito

67 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2004. p. 143

68 SINGER, Paul. A cidadania para todos. *in* PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da Cidadania**. 2003. p. 240

69 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 84

particular em que ela própria era parte do processo de transição do autoritarismo à democracia política e não uma conclusão dele.⁷⁰ É a primeira que não se origina por meio de uma ruptura com a ordem constitucional vigente, ainda que tenha advindo do maior período nacional de cerceamento das liberdades públicas.⁷¹

Essa nova roupagem do constitucionalismo moderno, presente na Carta Política de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética e os valores, o que havia sido negado pelo positivismo jurídico,⁷² consubstanciado no Estado Moderno da separação dos poderes. Esses valores compartilhados pela sociedade são inseridos explícita ou implicitamente no texto constitucional, sendo identificados como princípios. Servem ao mesmo tempo para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como para reduzir as tensões internas das normas. “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”⁷³

Por outro lado, uma Constituição definida inteiramente por princípios torna-se claramente aberta e, ao contrário das anteriores, agora admite a influência de valores externos, deixando aos seus intérpretes a função de dar-lhe o seu sentido e direção.

Princípios constituem mandados de otimização com forte carga valorativa e ética, via de regra, derivados de opções políticas que os colocam como direção a

70 VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 38

71 A observação é feita por Bonavides e Andrade, segundo os quais a constatação de inexistência de ruptura é apenas aparente, “porquanto, se a Carta Magna não foi precedida de um ato de independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligárquica – a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 – como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente revelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas; [...]”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451

72 “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1970. p. 746

73 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *in* BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30

seguir. A direta ligação entre princípios e valores é facilmente reconhecida quando a eficácia de princípios e a busca de sua otimização representam diretamente a realização de valores.⁷⁴

Um texto constitucional firmado em princípios requer para sua efetividade uma ampla regulamentação, o que provocou uma inflação legislativa, criando uma sociedade altamente regulada e normatizada. Por outro lado, a alta carga valorativa dos princípios constitucionais traz como consequência a discricionariedade deixada nas mãos dos juízes, de poder fazer escolhas e impor determinações em assuntos antes reservados ao crivo do legislador. A partir dessa constatação torna-se necessária a discussão quanto aos limites, à necessidade e à conveniência de um judiciário politizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do Estado com base no positivismo gerou fundadas dúvidas quanto à sua capacidade de responder as demandas sociais. Prevaleceu forte tendência em separar a função normativa do Estado, da preocupação com as condições materiais da democracia, especialmente com a efetivação dos direitos fundamentais.

O surgimento de novas reflexões sobre o positivismo, resultando naquilo que se denominou de pós-positivismo e na base da teoria constitucional de neoconstitucionalismo, exige uma nova reflexão sobre a relação entre o direito e o Estado. A releitura das vinculações entre Direito e Estado propõe uma aproximação dos compromissos do Estado com a base axiológica do Direito, buscando a preservação dos valores éticos indispensáveis para efetivação dos direitos fundamentais.

Com a nova roupagem do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, a atuação do Estado passa a ser avaliada não somente pelo aspecto da legalidade, mas também pela legitimidade. A legitimidade é alcançada, nessa nova proposta, pelo reconhecimento de um compromisso inafastável com a realização de ações que visem à efetivação dos direitos fundamentais.

74 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 1993. p. 138

A proposta deste artigo em discutir a formação dos direitos fundamentais e a necessidade de uma Constituição Política aponta para a exigência de revisitar a atuação dos Poderes estatais, especialmente refletindo a politização constitucional na atuação do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, visando à efetivação dos direitos fundamentais e à garantia de legitimidade da atuação estatal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARIZA, Santiago Sasire. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. **Neoconstitucionalismo**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://buscalegis.cj.ufsc.br>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

BOBBIO, Norberto. Política e Direito *in* **Teoria geral da política** – a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 9 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 11. ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

____. Intervenção e regulação do Estado. Disponível em: Intervenção e regulação do Estado. Disponível em: www.univali.br/cpcj. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007.

DURKHEIM, Emile. O contrato social e a constituição do corpo político. *in* QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa; SOUZA, R. de. **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: Queroz, 1992.

FERRAJOLI, Luigi, **Positivismo crítico, derechos y democracia**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10/04/2006.

____. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción em la Crisis del Estado Nacional. *in* ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional del Derecho**. 2005.

____. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del Derecho em tiempos de Constitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1986.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Cidade do México: FCE, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Los derechos económicos, sociales y culturales**: su gênesis y su concepto.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. *in* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. *in* WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da Política**. 1 vol. 10. ed. São Paulo: Ática.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

SIEYÈS. Joseph Emmanuel. **Que é o terceiro estado?** 2. ed. Rio de Janeiro: U. Júris, 1988.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. *in* PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed. Contexto, 2003.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Recebido em: nov/2014

Aprovado em: abr/2015