

# A Interação entre Democracia e Direitos no Constitucionalismo e sua Projeção Supranacional e Global<sup>1</sup>

**FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN**

Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Granada e Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Direito Constitucional Europeu e Globalização.

### RESUMO

O constitucionalismo moderno já estabeleceu – como se reflete no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – uma relação indissolúvel entre as condições estruturais do exercício do poder e a garantia dos direitos. A divisão de poderes continha uma exigência de conformação do poder político, destinada a favorecer o desenvolvimento de direitos concebidos, neste momento, como direitos-resistência frente ao Estado, razão pela qual a divisão do poder e o controle recíproco dos poderes estatais tinham como finalidade básica a de limitar sua intervenção sobre a sociedade. Naturalmente, esta concepção dos direitos modificar-se-ia posteriormente, com a incorporação dos direitos sociais ao constitucionalismo, porém, mantém-se a idéia de que a garantia dos direitos condiciona-se à organização do Poder Público. Desse modo, embora o constitucionalismo não parta, em seu momento inicial, de uma concepção democrática em seu sentido atual – por basear-se no sufrágio censitário – incorporava certamente este princípio básico de ordenação constitucional da sociedade, que se mantém constante até o momento: o equilíbrio entre os princípios e direitos que devem inspirar e orientar a ação pública e a configuração específica do poder político.

O constitucionalismo das constituições normativas assimilará e aperfeiçoará esta ideia fundamental de que a proclamação constitucional dos direitos deve acompanhar-se de uma estruturação do poder que garanta sua concretização efetiva. Na Constituição normativa, esse princípio essencial conecta-se com a ideia de democracia, no sentido de democracia pluralista. Não só porque o sufrágio seja universal, mas, sobretudo, porque mudam as condições estruturais do exercício do poder e atribui-se à Constituição uma nova função, acrescida à de limitação do poder e garantia dos direitos: a de articular os conflitos sociais e políticos mediante o reconhecimento do pluralismo e a promoção do consenso. O significado dessa transformação é profundo, implica também a própria normatividade da Constituição. Somente quando o conflito político canaliza-se por meio da ordem constitucional, o constitucionalismo manifesta-se mediante um autêntico “direito constitucional”, razão pela qual esse termo já não se refere a uma mera disciplina científica, mas também a uma realidade material, de forma que a disciplina acadêmica enche-se de conteúdo e coincide com seu objeto por meio da formulação da Constituição como Direito.

---

1 Traduzido para o português por Hugo César Araújo de Gusmão. Esse texto se corresponde com a conferência proferida no *III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?*, organizado na Cidade do México pelo Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre os dias 21 a 23 de novembro de 2012, na Sessão sobre *¿Cómo argumentar la democracia en la edad de los derechos?*. Agradeço ao Instituto, e, em particular, ao Doutor José Ramón Narváez Hernández, pela oportunidade de realizar uma reflexão sobre essa temática.

O direito constitucional está chamado a cumprir, deste modo, a missão que corresponde a qualquer outro setor do mundo jurídico: resolver os conflitos sociais por meio do Direito, desenvolvendo, assim, uma função pacificadora. Porém, essa função só pode se realizar em um contexto democrático, porque neste se expressa a pluralidade social e solucionam-se os conflitos de maneira racional, respeitando os direitos fundamentais da pessoa e garantindo a segurança jurídica que representa um princípio essencial de todo sistema jurídico. O equilíbrio, a simetria e a interação entre democracia e direitos, esta é a grande contribuição das constituições normativas para o constitucionalismo.

O grande avanço para a organização da convivência pacífica nas sociedades, para o qual contribuíram as constituições normativas, mediante a estruturação harmônica de democracia e direitos, vê-se submetido a fortes tensões nos últimos tempos, devido ao desenvolvimento acelerado do processo de globalização. Os novos fenômenos jurídicos que surgem manifestam luzes e sombras, contêm aspectos positivos e negativos, do ponto de vista constitucional. Todos devem ser analisados com um novo aparato metodológico que dê conta das diferenças entre o constitucionalismo das constituições normativas e a projeção supranacional e global do direito constitucional. No momento, podemos constatar, nessa nova projeção do constitucionalismo, uma ruptura da simetria entre democracia e direitos que caracterizou as constituições normativas. Destarte, há espaços de direitos sem contexto democrático equiparável aos nacionais e também há espaços democráticos submetidos a limitações de direitos surgidas em âmbitos supranacionais ou globais.

Neste trabalho, levou-se a cabo a tentativa de abordar a questão essencial da relação entre democracia e direitos, considerando sua evolução desde o momento em que se estabeleceram as bases de uma relação de interdependência entre a ordenação institucional do poder e a garantia dos direitos no constitucionalismo moderno. A simetria entre democracia e direitos alcançará seu maior desenvolvimento nas constituições normativas, por meio de uma nova forma de pensar a democracia e os direitos baseada no pluralismo. Este se configura também como uma nova forma de divisão do poder nas constituições normativas e dá lugar a uma nova configuração do ordenamento jurídico em todos os âmbitos. Nas novas experiências de integração supranacional (entre as quais se analisa o modelo europeu por ser o mais avançado) a simetria entre democracia e direitos rompe-se em parte por causa da ausência de um espaço pluralista no qual se articule a relação entre maiorias e minorias, já que são os Estados aqueles que decidem baseados nos interesses nacionais. Não obstante, também podemos apreciar novas formas de divisão do poder inspiradas na ordenação plural inerente à diversidade de ordenamentos e de estruturas políticas próprias da integração supranacional. Por último, o trabalho conclui com algumas considerações metodológicas relativas ao novo direito constitucional da integração supranacional.

À pergunta proposta nesta sessão do Congresso “como tratar da democracia na era dos direitos humanos?” oferecemos uma resposta cuja complexidade e riqueza tentamos explicar neste trabalho: com o pluralismo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A interação entre democracia e direitos como expressão da função essencial do constitucionalismo moderno; 2 As transformações na concepção da democracia e dos direitos nas constituições normativas; 2.1 A divisão de poderes; 2.2 A soberania popular; 3 O pluralismo: uma nova forma de argumentar sobre a democracia; 4 O pluralismo como nova forma de divisão do poder e de articulação do ordenamento jurídico; 5 A relação entre democracia e direitos no direito constitucional supranacional; 5.1 A assimetria entre democracia e direitos gerada pelo processo de globalização e pela integração supranacional; 5.2 Algumas considerações metodológicas sobre o direito constitucional supranacional.

## INTRODUÇÃO

A questão relativa à forma de pensar a democracia na era dos direitos oferece, já em sua formulação, o enfoque que deve ser seguido para abordá-la. Nossa atenção deve concentrar-se na democracia em sua relação com os direitos e não nos direitos em sua relação com a democracia. Essa última via é a que seguiríamos caso analisássemos, por exemplo, as vertentes em conformidade com as quais os direitos fundamentais incidem sobre a democracia. No entanto, o que nos interessa agora é determinar como esta incide sobre aqueles. Definitivamente, interessa-nos analisar não a maneira como os direitos se projetam sobre a democracia, mas o modo como esta se projeta sobre aqueles e, portanto, como se deve entender e pensar a democracia em relação aos direitos.

A primeira coisa que se deve levar em consideração é que democracia e direitos mantêm uma relação de dependência recíproca, ao ponto de não ser possível referir-se àquela sem o vínculo a estes, ou garantir a viabilidade de um sistema de direitos fundamentais sem a existência de condições democráticas. Mais que isso, poderíamos estabelecer uma continuidade essencial entre ambos os termos de modo a entender que a democracia encontra-se geneticamente composta pelos direitos fundamentais e que estes constituem, em grande medida, a expressão ou a projeção daquela.

Nem sempre foi assim no constitucionalismo moderno, posto que o primeiro constitucionalismo, conforme indicou Gustavo Zagrebelsky, tratava-se de um movimento oligárquico<sup>2</sup>. Apesar disso, o primeiro constitucionalismo também engendrou uma indissolúvel relação entre a garantia dos direitos e a organização do poder político, mediante o princípio de divisão dos poderes. Embora não fosse um movimento representativo do conjunto da sociedade – por implantar o sufrágio censitário e limitar o acesso aos processos políticos – o primeiro constitucionalismo estabeleceu as condições essenciais por meio das quais a constituição moderna poderia cumprir sua destacada função histórica: o controle do poder com a finalidade de garantir os direitos.

Tais condições encontravam-se delimitadas por uma cultura política e constitucional na qual não se reconhecia o pluralismo nem o conflito social e, portanto, a construção do sistema constitucional não se ajustava à nossa concepção atual de democracia, nem a própria Constituição configurava-se como centro regulador do sistema, já que essa função estava monopolizada pela lei<sup>3</sup>. Essa última era considerada a expressão de uma soberania popular ou nacional que herdara a configuração monolítica da soberania do monarca absoluto e

---

2 Cfr. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988. p. IX-X.

3 "Man kann kurz die Rechtsquellenlehre der Revolution in dem Glauben an das Gesetz als einzige Rechtsquelle zusammenfassen; im Glauben an das Gesetz-den allmächtigen Willen des souveränen Volks als den einzigen rechtschaffenden Faktor, der alles Recht umfaßt" (Cfr. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig y Viena, 1929. p. 34 e ss).

que, portanto, encontrava-se fora do alcance de qualquer discussão atinente à sua legitimidade<sup>4</sup>. Será a própria lei que, expressando na realidade a vontade da maioria<sup>5</sup>, definirá a relação entre a democracia incipiente da época – ou melhor, a estruturação de um Poder Público só parcialmente representativo – e os direitos.

Com a Constituição normativa, tudo isso mudará drasticamente, porém, mantendo e aprofundando a relação entre democracia e direitos fundamentais. Uma relação que alcança seu maior grau de interação e simetria por meio do princípio pluralista, no qual se inspiram essas constituições, e que define as condições materiais de existência da democracia constitucional tal e qual como hoje a conhecemos, ao ponto de gerar uma interdependência na qual é impossível conceber a democracia sem direitos ou estes sem a democracia.

Para compreender a natureza dessas mudanças, cabe começar pela explicação dos seus fundamentos sociais e políticos, das transformações que lhe deram origem. A partir daí, deveríamos também redimensionar os conceitos que herdamos do primeiro constitucionalismo e inseri-los no contexto do sistema constitucional das constituições normativas, que têm uma lógica parcialmente distinta. Desse modo, poderemos entender melhor o sentido da relação atual entre democracia e direitos nos sistemas constitucionais que se inspiram na ideia de democracia pluralista.

As constituições normativas, porém, já não representam o desenvolvimento mais recente dos sistemas constitucionais atuais por expressarem, na realidade, a formulação das normas fundamentais sob as condições do Estado nacional. No contexto da globalização, no entanto, assistimos ao progressivo desenvolvimento de um direito constitucional da integração supranacional que dá ensejo a novas condições às quais se submete, hoje, em diversa medida – dependendo da também diferente incidência desse direito constitucional supranacional – a relação entre democracia e direitos.

O constitucionalista que hoje tem que afrontar o contexto globalizante e os processos de integração supranacional sem ter terminado de depurar os conceitos que inspiraram a constituição normativa (para diferenciar o Estado Constitucional de Direito do Estado Legal de Direito) depara-se, agora, perplexo com um novo mundo de conceitos que se abre ante seus olhos e que requer, de novo, uma explicação e uma fundamentação. Parafraçando a sentença popu-

---

4 “Il y a en germe dans le principe de la souveraineté nationale, une prétention à légitimer le pouvoir par son origine. Dès lors, tout acte émanant de la souveraineté nationale serait, par le seul fait de son origine, régulier, conforme à droit; la loi, par cela seul qu'elle serait la volonté de la Nation, serait quant à sa régularité et sa conformité au droit, mise au-dessus de toute discussion” (J. Barthelemy P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, reimpressão de Economica, Paris 1985. p. 76).

5 Conforme indicou Léon Duguit: “En vérité, quoi qu'on fasse, cette prétendue volonté générale ne s'exprime jamais qu'au moyen d'une majorité et la puissance publique, le pouvoir de commander appartient à une majorité qui impose sa volonté à une minorité” (Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 1, *Théorie générale de L'Etat*, Fontemoing & Cie Editeurs, Paris 1911. p. 34).

larizada por Mario Benedetti (“quando tínhamos as respostas modificaram-se as perguntas”), poderíamos afirmar que, ainda quando sequer tínhamos as respostas à mão, modificaram-se as perguntas.

No presente trabalho, tentar-se-á oferecer algumas respostas sem olvidar, não obstante, que alguns dos processos aos quais faremos referência encontram-se ainda muito abertos para que seja possível extrair conclusões definitivas. Em todo caso, tentar-se-á abordar a questão essencial da relação entre democracia e direitos, levando em conta sua evolução desde o momento no qual se estabelecem as bases de uma relação de interdependência entre a ordenação institucional do poder e a garantia dos direitos no constitucionalismo moderno. Essa simetria reforça-se nas constituições normativas por meio de uma nova forma de pensar a democracia e os direitos baseada no pluralismo. Este trará consigo, igualmente, uma nova compreensão e abordagem dos princípios tradicionais do Estado Legal de Direito, tais como a soberania e a divisão dos poderes. O pluralismo apresenta-se, também, como uma nova forma de divisão do poder nas constituições normativas e dá lugar a uma nova configuração do ordenamento jurídico. Nas novas experiências de integração supranacional (por meio das quais se analisa o modelo europeu, ao ser o mais avançado), a simetria entre democracia e direitos rompe-se, em parte, à causa da ausência de um espaço pluralista no qual possa se estruturar a relação entre maiorias e minorias, já que são os Estados aqueles que decidem baseados nos interesses nacionais. Não obstante, também podemos apreciar novas formas de divisão de poder inspiradas na ordenação plural inerente à diversidade de ordenamentos e de estruturas políticas próprias da integração supranacional. Por último, o trabalho termina com algumas considerações metodológicas relativas ao novo direito constitucional da integração supranacional.

À indagação elaborada nessa sessão do Congresso “como argumentar sobre a democracia na idade dos Direitos Humanos?” oferecemos uma resposta cuja complexidade e riqueza tentaremos desvelar neste trabalho: com o pluralismo.

## **1 A INTERAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS COMO EXPRESSÃO DA FUNÇÃO ESSENCIAL DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

Conforme indicamos, o constitucionalismo moderno não deu ensejo, inicialmente, a uma configuração democrática dos sistemas políticos implantados em conformidade com suas formulações. No entanto, estabeleceu um princípio fundamental para a futura configuração da relação entre democracia e direitos: a ideia de que a garantia dos direitos tinha que se basear em uma determinada configuração do poder político. Na primeira formulação histórica desta ideia, partia-se de um conceito de direitos vinculado à não intervenção do Estado, fruto do temor prévio frente aos abusos do absolutismo. A separação de poderes tendia justamente à promoção do controle recíproco entre os poderes do

Estado, favorecendo, assim, a não intervenção na sociedade e a concretização dos direitos de resistência, em relação aos quais se supunha uma configuração natural, uma capacidade de realização individual sem apelação alguma a condições materiais prévias.

Essa configuração só viabilizava a plena materialização dos direitos para os setores sociais que haviam promovido as revoluções constitucionalistas e que elevaram a categoria universal da razão burguesa e suas próprias condições de vida<sup>6</sup>. Só podia manter-se caso outros setores sociais aceitassem, incondicionalmente, sua separação dos processos políticos e a limitação de seus direitos a suas condições materiais de existência. Isto é, só podia manter-se baseada na negação do pluralismo e do conflito e no encolhimento do cenário político por força do sufrágio censitário.

A extensão do sufrágio no final do século XIX e início do século XX levou a uma ampliação da base representativa e democrática do constitucionalismo que – conforme indicou Adolfo Posada – experimentou um processo triplo – de democratização, socialização e normatização<sup>7</sup> – já manifesto durante o período entre guerras na Europa. Um processo que não chegaria a seu apogeu porque durante esse período – que poderíamos definir como de “constitucionalismo antagônico” – os enfrentamentos sociais e políticos ensejariam o fim do Estado Liberal. O reconhecimento do pluralismo e o conflito não compunham uma vontade de consenso social que permitisse voltar a fundar, sobre novas bases, o constitucionalismo. Para isso, haveria que esperar o final da Segunda Guerra Mundial e a trágica experiência histórica de aniquilação das minorias políticas e étnicas e a negação de qualquer razão civilizada.

A ideia de democracia ao longo deste período baseava-se, ainda, na concepção de um poder estatal carente de limites jurídicos e políticos. Para além das limitações derivadas da divisão interna do poder político. As instituições estatais – já dotadas de uma base representativa – expressavam a vontade de uma maioria concebida como vontade soberana durante seu mandato. A democracia era entendida como o pleno exercício do poder durante o período de governo, isto é, como soberania exercida a cada quatro ou cinco anos (até a seguinte convocação eleitoral, em suma) pela maioria ocupante do poder.

6 E é que, conforme indicara García Pelayo, “los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del Derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el Derecho” (Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 1975, Alianza Editorial, Madrid, 1985. p. 55).

7 Cfr. Adolfo Posada, *La crisis del Estado y el derecho político*, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1934. p. 32, 59-61.

Essa concepção já evidencia que a estrutura do poder político do Estado Liberal não era adequada à garantia dos direitos fundamentais em contextos sociais nos quais o conflito social impedia a formação de consensos constitucionais e não tinha capacidade para se estruturar por meio da própria Constituição. Nesses contextos, a vontade da maioria terminaria sendo, como pudemos ver de maneira dramática em alguns países europeus, o maior perigo para os direitos da coletividade.

Destarte, apesar de o primeiro constitucionalismo ter estabelecido o princípio fundamental por meio do qual a concretização dos direitos requeria uma determinada estrutura do poder estatal, a divisão dos poderes, inclinada à limitação de um Poder Executivo não representativo, ficou inabilitada como princípio norteador do controle do poder quando os partidos políticos começam a exercitar simultaneamente, por meio de sua maioria parlamentar, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Seria necessário esperar pelas constituições normativas para que a função essencial do constitucionalismo moderno de controle do poder e garantia dos direitos pudesse realizar-se plenamente mediante uma nova ordenação do poder do Estado e uma reconfiguração dos princípios e conceitos nos quais o primeiro constitucionalismo havia se baseado. Também será nesse momento que a interação entre democracia e direitos adquirirá uma dimensão central na concretização dessa função essencial do constitucionalismo moderno.

## **2 AS TRANSFORMAÇÕES NA CONCEPÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS NAS CONSTITUIÇÕES NORMATIVAS**

As transformações no conceito de democracia e dos direitos nas constituições normativas afetarão sobremaneira outros institutos e técnicas que o constitucionalismo cunhara e que terão que se redefinir a fim de se acomodarem às novas condições históricas. Faremos referência a alguns destes, tais como o de divisão de poderes ou de soberania popular, por estarem ligados à relação entre democracia e direitos. Outros conceitos tentam expressar a nova realidade quando colidem o Estado Legal e o Estado Constitucional de Direito, com a transformação decorrente desse confronto para a ordem jurídica (ou o Estado Liberal de Direito frente ao Estado Social de Direito em sua vertente política). Também nesse último plano apreciam-se modulações conceituais diretamente relacionadas com as novas funções realizadas pela Constituição a partir de sua configuração específica como normativa. É o caso do conceito de lei ou de reserva de lei, enquanto garantia específica dos direitos fundamentais, da posição da jurisdição no ordenamento jurídico, da interpretação das normas, entre outras.

No cerne dessas transformações, encontra-se a ideia de pluralismo. A Constituição normativa é a do pluralismo por diversos motivos, começando pelo fato de que só uma sociedade pluralista pode requerer um sistema cons-

titucional baseado na configuração da própria Constituição como Direito. O Direito Constitucional, como qualquer outro setor do ordenamento jurídico, cumpre, assim, a função de canalizar de maneira pacífica os conflitos sociais. Conflitos estes que foram deslocados pelo constitucionalismo oligárquico para fora do processo político, por meio do sufrágio censitário, e que serão impassíveis de resolver no constitucionalismo antagônico subsequente, devido ao enfrentamento radical entre os setores sociais que participavam dos processos políticos. Somente quando o conflito político canaliza-se por meio da ordem constitucional é que o constitucionalismo manifesta-se mediante um autêntico “direito constitucional”, razão pela qual esse termo já não descreve uma mera disciplina científica, mas também uma realidade material, de maneira que a disciplina acadêmica enche-se de conteúdo e coincide com seu objeto por meio da formulação da Constituição como Direito<sup>8</sup>. A democracia constitucional e a Constituição normativa não representam, por si só, uma garantia de solução dos conflitos sociais e políticos. Mas estabelecem um contexto de regras formais e materiais que possibilitam que a solução destes volte-se para critérios de justiça<sup>9</sup>.

O direito constitucional cumpre, desse modo, o encargo correspondente a qualquer outro setor do mundo jurídico: resolve os conflitos sociais por meio do Direito, desenvolvendo, assim, uma função pacificadora. Porém, essa função só pode ser concretizada em um contexto democrático, porque neste expressa-se a pluralidade social e resolvem-se os conflitos de maneira racional, respeitando-se os direitos fundamentais da pessoa e garantindo-se a segurança jurídica, que é um princípio essencial de todo o sistema jurídico. O equilíbrio, a simetria e a interação entre democracia e direitos, as grandes contribuições das constituições normativas para o constitucionalismo.

---

8 A disciplina de direito constitucional é mais antiga, historicamente, que a realidade material do direito constitucional. Isto é, existiu antes a vocação de definir e analisar a Constituição como Direito do que a realidade em si de uma Constituição em sentido jurídico. Uma divergência explicada pela própria natureza do direito constitucional enquanto Direito. Com efeito, como em qualquer outro setor do ordenamento jurídico, no âmbito constitucional, o Direito surge para resolver conflitos. Sem a existência do conflito não se entende o Direito porque, neste caso, as regras morais ou políticas são suficientes para garantir a paz social e a segurança jurídica, que são os fins últimos de toda ordem jurídica. Cfr. meu trabalho *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia*, em André Ramos Tavares, Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Ed.), *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

9 Conforme indica o Professor Gomes Canotilho, “*la teoría de la Constitución deberá seguir siendo una instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo’ teniendo en cuenta que las constituciones contienen un proyecto emancipatorio y deben establecer los fundamentos adecuados de una teoría de la justicia, definiendo las estructuras básicas de la sociedad, de manera que ‘una Constitución – por su génesis histórica y política – si no puede ser hoy un documento sagrado o un condensado de políticas, debe continuar siendo la suministradora de las exigencias constitucionales mínimas (constitucional essential, en palabras de Rawls), es decir, el complejo de derechos y libertades definidoras de la ciudadanía personal, política y económica intocables por las mayorías parlamentarias’*” (Cfr. J. J. Gomes Canotilho, ¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, p. 21-23, 1995).



## 2.1 A DIVISÃO DE PODERES

Para que a interação entre democracia e direitos se produza, é necessário partir de uma nova concepção acerca da ordenação do poder estatal que já não se encontre voltada para a limitação de um Poder Executivo não representativo, e sim para a limitação das maiorias que agora podem impor sua vontade tanto no Poder Legislativo como no Poder Executivo nos sistemas parlamentares. Isso significa uma nova concepção da divisão dos poderes que se soma à tradicional, à limitação política do poder que deriva do controle recíproco de natureza política entre os poderes do Estado.

Com efeito, ao tempo em que a divisão dos poderes estrutura-se por meio de um sistema de atribuição de competências aos órgãos estatais na Constituição normativa, essa definição relativa à competência permite que o controle do poder se fundamente não só no controle mútuo dos diversos poderes do Estado, como também em um controle externo, o controle da constitucionalidade do exercício de suas funções, de sua conformidade com a Constituição (no que tange ao respeito da própria ordem de competências e à congruência material de seu exercício com o Texto Constitucional). Esse controle externo baseia-se na democracia constitucional – que garante os direitos das minorias –, enquanto o controle recíproco ou interno dos diversos poderes do Estado assenta-se na contraposição entre a maioria que governa e a minoria que controla, no exercício cotidiano da atividade política.

Ambos os controles, interno e externo, correspondem-se com duas formas de divisão do poder e, nesse sentido, atualizam o princípio de divisão dos poderes que, como tal, desdobra-se em uma divisão interna e externa do poder. Porém, além disso, o controle externo, realizado pela jurisdição constitucional, tem uma dupla face: por um lado, representa manifestação do princípio da divisão dos poderes, por outro, garante a implantação eficaz desse princípio e a submissão de todos os poderes públicos a seus limites jurídico-constitucionais de atuação.

Poder-se-ia afirmar genericamente que o controle externo trata-se de um controle jurídico, enquanto o interno, ou mútuo, representa um controle político. No entanto, essa afirmação exige uma ponderação. Todos os controles encontram-se regulados pelo Direito, e, nesse sentido, todos são jurídicos. O que acontece é que o controle externo suscita limitações jurídicas à atuação dos poderes públicos e fundamenta-se em um parâmetro objetivo ou passível de objetivação. O controle interno, por outro lado, não se baseia em limitações jurídicas nem se realiza a partir de um parâmetro objetivo<sup>10</sup>.

---

10 A diferenciação entre estes dois âmbitos da divisão dos poderes não evita, logicamente, as interferências entre ambos. Sobretudo quando o controle recíproco mostra-se por vezes ineficaz. A impossibilidade de levar a cabo o controle político pode conduzir ao uso indevido de mecanismos de controle jurídico (acontece em toda reclamação de inconstitucionalidade que não proceda de um autêntico convencimento ou de uma dúvida real sobre a adequação de uma norma à Constituição, e sim de uma estratégia política desenvolvida como reação

## 2.2 A SOBERANIA POPULAR

No que tange ao conceito de soberania popular ou nacional, trata-se de um expressivo conceito de uma unidade de poder atribuída ao Estado nacional, exercida por este de maneira incondicional sob os auspícios do Estado Legal de Direito no mundo moderno. Porém, a Constituição, em seus últimos desdobramentos, contribuiu para mudar também, substancialmente, a imagem do Estado nacional. A concepção moderna do Estado democrático, estabelecida nas primeiras revoluções constitucionalistas, e complementada ao longo do século XX, especialmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, exige que o poder político estatal esteja dotado de determinadas condições para que possa ser definido como democrático. O poder político constitucionalizado tem que ser responsável, representativo, e respeitoso para com o pluralismo. Tais condições sugerem uma ruptura da unidade do poder estatal, pois o poder político já não pode ser ilimitado ou soberano, devendo responder política e juridicamente ante a coletividade. Do mesmo modo, devido a seu caráter representativo, o poder político não pode atuar com independência da maioria social que lhe confere sustentação. Ao mesmo tempo, ao estar obrigado constitucionalmente a respeitar o pluralismo, o poder político não pode atender unicamente à vontade da maioria, tendo que integrar, no seu âmbito possível de atuação, o respeito às minorias. A possibilidade de alternativas configura-se, assim, como um elemento essencial do sistema democrático.

Nesse sentido, o poder do Estado, concebido tradicionalmente como soberano, ilimitado na ordem interna, submete-se a critérios jurídicos em seu exercício, mediante sua vinculação à Constituição e, especificamente, aos princípios e valores constitucionais. A existência de uma jurisdição constitucional capaz de invalidar leis contrárias à Constituição implica uma nova concepção do exercício do poder e do significado da democracia. A soberania no Estado constitucional e sob a égide da Constituição normativa, restringe-se ao momento constituinte, dada sua incompatibilidade lógica com o significado da Constituição. A identidade entre o poder constituinte, o poder que, em última instância, pode configurar uma ordem jurídica e a soberania<sup>11</sup>, corresponde-se perfeitamente com o próprio conceito de soberania como poder inalienável e insubmisso a limites. A soberania refere-se a um poder que não é jurídico e sim político, a um poder que carece, tal como o poder constituinte originário, de qualquer tipo de restrição ou limitação de natureza jurídica.

Isso posto, se o conceito de soberania é compatível com o exercício do poder constituinte originário, não o é com o poder que se manifesta quando a

---

à negação da maioria em aceitá-la). Esta confusão entre o controle político e o jurídico pode responder a problemas conjunturais, porém pode ser também a manifestação de uma atrofia nos mecanismos tradicionais de controle político que leva a buscar uma saída no controle jurídico.

11 Cfr. Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1909. p. 2.

Constituição adquire vigência e uma nova ordem constitucional se implanta. Nesse momento, o conceito de soberania e o de Constituição, se entendemos como tal uma Constituição normativa, contradizem-se mutuamente. Posto que a função primordial da Constituição estriba no estabelecimento de limites ao poder do Estado, não faz sentido falar, no âmbito da ordem constitucional, de um poder insubmisso a limites, de um poder soberano<sup>12</sup>.

Por esse motivo, cabe questionar o sentido atual das declarações contidas em muitas das Constituições normativas, nas quais se atribui a soberania ao povo ou à Nação. Tais declarações apresentam-se como coerentes com a ideia de poder constituinte do Estado nacional e com a atribuição, à comunidade política em seu conjunto, da capacidade de configurar as regras fundamentais de convivência que deverão servir para todos. No entanto, dentro da ordem constitucional, no exercício ordinário do poder político, não podemos encontrar nem o objeto nem o sujeito dessa atribuição de soberania.

Não existe o objeto da atribuição de soberania porquanto todos os poderes do Estado encontram-se limitados pela Constituição, todos devem submeter-se àquilo que está estabelecido na Constituição, e, nesse sentido, não cabe falar, em hipótese alguma, de um poder soberano, de um poder insubmisso a limites dentro do sistema constitucional regido pela Constituição normativa. Tampouco existe o sujeito dessa atribuição, porque, uma vez que o povo ou a Nação dota-se de uma norma fundamental que serve para regulamentar a convivência, o poder constituinte deve desaparecer. Nesse momento, ao invés da comunidade política em plenitude (do povo ou nação que se dota de uma Constituição), a representação do povo, dentro do contexto constitucional, estrutura-se na forma de maiorias e minorias nas Constituições normativas. Já não cabe falar, no exercício ordinário do poder estatal, do povo enquanto totalidade homogênea, e sim da maioria do povo, que a cada momento ostenta a representação do Estado. Essa maioria tentará pôr em prática seu programa político, voltado para a defesa de seus interesses e valores, sempre sob o controle potencial levado a cabo via jurisdição constitucional, a fim de evitar a ruptura do pacto constitucional de convivência.

### 3 O PLURALISMO: UMA NOVA FORMA DE ARGUMENTAR SOBRE A DEMOCRACIA

Nas constituições normativas, o pluralismo apresenta-se como princípio essencial da ordem constitucional, ensejando uma nova forma de pensar a democracia e de compreender a divisão de poderes. A normatividade da Constituição contribui com uma nova concepção da democracia, baseada na diferenciação entre democracia constitucional ou pluralista e a democracia em seu sentido tradicional, como representação e governo da maioria. A democracia

---

12 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, IV ed., Westdeutscher, Opladen, 1990.

constitucional é aquela que se instaura por meio da promulgação da Constituição. Nela, a coletividade atua como grupo homogêneo integrado pela maioria e pelas minorias. O governo da maioria, no entanto, move-se ao longo do contexto constitucional, que garante (por meio da Constituição normativa) o respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias.

Essa dissociação faz sentido pela necessidade de estabelecer um consenso fundamental que permita articular o pluralismo social e/ou territorial. Esse consenso social manifesta-se por meio de normas constitucionais que o garantem e o convertem em indisponível para a maioria. Desse modo, o poder do Estado fica limitado por regras jurídicas e submetido aos pactos sociais e/ou territoriais estabelecidos na Constituição.

A compreensão pluralista da democracia reflete-se no âmbito legal e, especificamente, em técnicas de garantia dos direitos, tais como a reserva de lei. Em sua formulação moderna (O. Mayer), destinada a promover a proteção constitucional dos direitos e liberdades constitucionais – especialmente a liberdade e a propriedade, as insígnias do credo liberal<sup>13</sup> – a reserva de lei significará um limite obrigatório para o Poder Executivo em relação à regulação dessas matérias. Limite que, no entanto, era plenamente disponível para o Legislativo. A reserva ficava esboçada como uma faculdade do Legislativo, que podia habilitar livremente o Executivo para a regulação desses âmbitos materiais. Do ponto de vista da divisão de poderes, a reserva de lei manifestará, assim, suas insuficiências.

A implantação do regime parlamentar, apesar de significar uma alteração fundamental na estrutura política na qual se assenta o Estado, exigirá uma reformulação da reserva de lei que permita ajustar essa técnica às condições políticas da nova ordem constitucional<sup>14</sup>. Seu fundamento já não se assentará, como em outras épocas históricas, sobre a imposição de um limite a um Executivo não democrático (ou não representativo dos interesses sociais impostos pela reserva) por parte do Parlamento. Ao invés disso, a identidade essencial entre o Legislativo e o Executivo intrínseca ao Estado de partidos, e o vínculo entre o Governo e a maioria parlamentar conduzem a uma nova tensão entre maioria e oposição sobre a qual se organiza a dialética política, e que substitui a confrontação entre Executivo e Legislativo. Na medida em que o Executivo já não carece de legitimação democrática, a reserva de lei não pode encontrar seu sentido na origem democrática do poder normativo exteriorizado pela lei<sup>15</sup>. Porém, ao

13 Cfr. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, t. I, 3ª ed. de 1924, reimpressão de Duncker & Humblot, Berlín, 1969. p. 69-70.

14 Essa exigência já se fez notar na Alemanha de Weimar, apesar de não se produzir esta revisão até a vigência da Lei Fundamental de Bonn. Cfr. José María Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991. p. 42 ss.

15 Cfr. Francisco Rubio Llorente, Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución, RAP, n. 100-102, p. 429-430, 1983; Ignacio De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987. p. 151 ss.; José María Baño León, ob. cit., p. 91 ss.; Ricardo García Macho, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988. p. 112 ss.

mesmo tempo, ao existir identidade política entre o Legislativo e o Executivo (o que não é nada além da outra cara da legitimação democrática desse último), a reserva de lei não pode estar plenamente disponível para o legislador, já que assim perderia totalmente seu sentido enquanto técnica de proteção frente ao crescimento do Poder Executivo e enquanto garantia da divisão de poderes.

Nas constituições normativas, a reserva de lei tem um novo fundamento, que consiste em expressar a concepção da democracia sobre a qual descansa este tipo de Constituição. Essa concepção constitucional da democracia gira muito mais em torno do Parlamento do que do Governo. Tanto este como aquele são órgãos absolutamente democráticos em sua origem: ambos representam a maioria. Porém, enquanto o Parlamento integra também as minorias, possibilitando a intervenção destas no processo de produção jurídica e abrindo o caminho ao consenso, o Governo representa unicamente a maioria. Dessa forma, a reserva de lei permite a integração das minorias no processo de produção normativa (e, eventualmente, em seu controle específico, nas fontes com valor de lei), o que se corresponde muito mais com o sentido da democracia constitucional, enquanto democracia pluralista, do que a produção normativa por via regulamentar.

Por outro lado, do ponto de vista da divisão dos poderes, sob a Constituição normativa, a reserva de lei adquire um sentido distinto em relação à possibilidade do Legislativo dispor livremente das matérias que a Constituição lhe reserva, atribuindo sua regulamentação à potestade regulamentar. A reserva não impede o legislador de apelar à colaboração do regulamento na disciplina da matéria. Porém, essa apelação submete-se a limites. O legislador não pode negar natureza legal à matéria reservada à lei ou conferir habilitações genéricas ao regulamento de modo que este realize uma regulamentação independente da matéria que esteja claramente subordinada à lei. Deve ser o próprio legislador que determine por si mesmo o regime da matéria reservada à lei. Desse modo, a Constituição assegura, por meio da reserva de lei, a efetividade do princípio de divisão dos poderes, impedindo que a conexão entre Executivo e maioria parlamentar desnaturalize esse princípio, privando o Parlamento de suas competências constitucionais<sup>16</sup>.

Vimos, portanto, como a concepção pluralista da democracia conduz a uma nova compreensão do princípio da divisão dos poderes que possibilita uma melhor garantia deste, ao sobrepor à divisão política do poder uma divisão jurídica ou externa, baseada na supremacia constitucional. Técnicas de garantia dos direitos que têm uma dimensão democrática, como a reserva de lei, expressam agora o sentido da democracia pluralista e configuram-se como um limite frente ao poder da maioria.

---

16 Nas palavras de Rubio Llorente sua razão de ser está na *"necesidad de preservar la separación entre Legislativo y Ejecutivo, que no resulta ya naturalmente de su diverso origen"* (F. Rubio Llorente, Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución), ob. cit., p. 428).

Porém, a concepção pluralista da democracia não afeta somente princípios como a divisão dos poderes ou a supremacia constitucional e técnicas como a reserva de lei. Na verdade, se observarmos a estrutura do ordenamento jurídico das constituições normativas, podemos ver como o pluralismo social e político reflete-se também no sistema jurídico, estruturando-o em seu conjunto. Definitivamente, toda a ordem constitucional estrutura-se em torno do princípio pluralista por refletir a pluralidade social e política previamente reconhecida. Produz-se, assim, uma nova convergência entre a dimensão axiológica da legitimidade e a de sua dimensão sociológica, que já ocorrera no primeiro constitucionalismo<sup>17</sup>, embora como consequência de uma insustentável restrição dos processos políticos e da correspondente negação do pluralismo e do conflito.

#### **4 O PLURALISMO COMO NOVA FORMA DE DIVISÃO DO PODER E DE ARTICULAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O pluralismo é um princípio fundamental na configuração dos sistemas democráticos das constituições normativas que se reflete em diversas vertentes. Uma destas é a divisão dos poderes, já que implica uma técnica constitucional a ela comparável, vindo a modulá-la e complementá-la enquanto técnica de controle do poder. O pluralismo configura-se como uma garantia constitucional de primeira ordem para o controle do poder, servindo como autêntico contrapeso às tendências à concentração do poder produzidas por meio da penetração dos partidos políticos nos distintos centros do poder (especialmente na relação Governo-Parlamento)<sup>18</sup>. Não obstante, enquanto a formulação clássica da divisão dos poderes volta-se para a disciplina e organização do poder estatal e para a garantia da não intervenção sobre a sociedade, o pluralismo configura-se como princípio que se projeta também sobre a sociedade, e que favorece a relação Estado-Sociedade.

Por outro lado, o pluralismo fundamenta o controle externo ou jurídico do poder frente ao controle recíproco interno dos poderes do Estado, baseado na formulação tradicional da divisão dos poderes. Esse controle externo sugere a existência de limites jurídicos à atuação dos poderes do Estado, limites que se identificam também com o pluralismo enquanto parâmetro material de controle da atividade dos poderes estatais.

O pluralismo é um princípio constitucional de primeira grandeza, garantido por meio de determinadas técnicas constitucionais, que se refere a uma realidade social e política preexistente. Porém, tais técnicas expressam, simul-

---

17 V. Supra, *la referencia a Garcia Pelayo en nota 6.*

18 Os partidos político são, sem dúvida, os principais agentes de estruturação do pluralismo político. Servem, assim, eles também, à concretização do pluralismo enquanto princípio constitucional. No entanto, podem representar ao mesmo tempo um perigo para o pluralismo caso sua presença se expanda em todos os níveis dos processos políticos e sociais. Daí a necessidade de existência de instituições arbitrais situadas sobre a dinâmica dos partidos para que o pluralismo possa alcançar sua autêntica expressão como princípio constitucional.

taneamente, o significado do pluralismo como garantia constitucional, isto é, como instituição que acolhe um conjunto de institutos garantidores voltados basicamente para o controle do poder. A própria configuração do ordenamento jurídico das constituições normativas está impregnada de pluralismo, o que se evidencia em âmbitos muito diversos, desde a ordenação das fontes do Direito até a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Dessa forma, no sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito, frente à pretensão de exclusividade da lei como fonte, há uma pluralidade de fontes que reflete o pluralismo social. Essa pluralidade manifesta-se também na cisão entre o conceito unitário de lei e a diversidade de mecanismos formais de produção normativa, que estabelecem uma diferenciação entre tipos legais em função da maior legitimidade derivada do consenso parlamentar requerido, em termos de integração das minorias.

A pluralidade pode se estender também aos próprios ordenamentos jurídicos, seja porque existe uma divisão territorial interna do poder, seja porque os Estados integram-se em organizações supranacionais. De maneira que, ao pluralismo de fontes do Direito une-se um pluralismo de ordenamentos que rompe com a ideia, própria do Estado Legal de Direito, de sistema jurídico fechado.

Podemos falar, também, de diversidade de princípios de estruturação da ordem jurídica que se sobrepõem ao princípio de hierarquia, único critério no qual se baseava o Estado Legal de Direito, amparado na imposição da lei sobre o sistema jurídico por meio de conceitos como o de força de lei ou de primazia da lei. O princípio de competência será assim aquela que assumirá uma posição mais relevante em referência à ordem de competências estabelecida na Constituição. Caso analisemos a configuração técnica do princípio de hierarquia em referência ao princípio de competência, poderemos verificar também seu distinto fundamento. Enquanto a hierarquia estruturava-se por meio da força de lei, expressando uma capacidade própria de imposição sobre outras normas jurídicas (que, em última instância, atendia ao poder dos grupos que monopolizavam os processos políticos por meio do sufrágio censitário), a competência remete-se, sempre, a uma terceira norma para se impor no sistema jurídico, uma norma materialmente constitucional<sup>19</sup>. Ou, igualmente, remete-se ao consenso fundamental, baseado no reconhecimento prévio do pluralismo social e político, estabelecido por todos os grupos sociais na própria Constituição.

Também é possível destacar como, frente à ideia de eficácia das normas em torno da qual se estruturava todo o sistema normativo do Estado Legal de Direito (relacionado ao princípio de hierarquia e à imposição incondicionada da lei mediante sua própria força), aparece agora um critério complementar vinculado ao princípio de competência, a saber, o de validade das normas,

---

19 No sentido kelseniano deste termo: a norma ou as normas que regulamentam a produção de outras normas jurídicas. Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª Edición, de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpressão de 1967. p. 228.

que remete igualmente a um parâmetro no qual se integram as normas materialmente constitucionais (normas sobre a produção jurídica<sup>20</sup>) que determinam sua produção.

A partir do conceito de validade e da possibilidade de controlar a constitucionalidade das normas, especialmente das normas legais, podemos visualizar também um grande número de conceitos que têm relação com o pluralismo e que se desenvolvem no ordenamento jurídico. É o caso da legitimação específica das minorias para recorrer à jurisdição constitucional (recurso de inconstitucionalidade), ou a que se atribui a instâncias arbitrais (Ouvidoria Geral do Estado, Ministério Público, juízes, tribunais) ou à própria coletividade.

O mesmo pode-se dizer da posição dos juízes no Estado Constitucional de Direito em relação, por exemplo, à função normativa que levam a cabo<sup>21</sup> e que contrasta com a concepção mecanicista do Estado Legal de Direito, segundo a qual deveriam limitar-se a pronunciar as palavras da lei. O pluralismo inspira, também, uma nova visão da Justiça baseada na argumentação jurídica e respeitosa da divergência, inclusive nos próprios tribunais, por meio do instituto do voto particular<sup>22</sup>.

Dessa diferente posição dos juízes, deriva-se igualmente uma capacidade de intervenção sobre as normas, manifesta no controle de constitucionalidade e na diferenciação entre disposição e norma<sup>23</sup>, com a possibilidade de formular (ou de excluir) diferentes versões normativas das disposições que são submetidas a controle por meio das sentenças interpretativas ou normativas. Porém, em matéria de interpretação, a abertura representada pelo pluralismo é muito bem compreendida por meio da teoria fundamental de Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição<sup>24</sup>. Uma teoria que apela à participação social na conformação do ordenamento jurídico, estruturando, assim, sua condição claramente pluralista.

O pluralismo estende-se, por último, à abordagem científica do Direito. Uma vez rompida a homogeneidade do sistema jurídico em torno da lei, as vias abertas para seu conhecimento seguirão o mesmo caminho. O conceito de ciência, próprio do racionalismo tradicional, baseava-se no caráter abso-

20 O conceito de "normas sobre a produção jurídica", já será utilizado a princípios de século XX por Perassi, em sua magistral *Introducción a la Ciencia Jurídica*, publicada inicialmente como parte introdutória de seu *Curso de Instituciones de Derecho Público*, em 1919-20. Cfr. Tomaso Perassi, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpressão de CEDAM, Padova 1967. p. 34, 38, 57-8.

21 Cfr. meu trabalho *La función normativa de las sentencias constitucionales*, em *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, n. 4, jul./dic. 2008, México. p. 15-35.

22 Cfr. G. Cámara Villar, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

23 Cfr. Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, em *Enciclopedia del Diritto*, Milano, T. XIII, 1964.

24 Peter Häberle[-Negr]Letra Normal, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975) e *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß-ein Pluralismuskonzept* (1978), agora na recompilação do mesmo autor, *Die Verfassung des Pluralismus[-Negr]Letra Normal*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980, p. 79 e 45, respectivamente.



luto da razão, da verdade e da lógica. Essa concepção será superada pelas de instrumentalidade da razão, convencionalidade da verdade e pluralismo da lógica<sup>25</sup>. No âmbito jurídico, as novas tendências caminham no mesmo sentido. Da abordagem lógico-formal do Direito, com pretensão de abarcar a verdade, evolui-se para a dialética, destinada a justificar a decisão. As novas teorias da argumentação já não aspiram à demonstração de suas teses, mas à promoção da aceitação destas. Busca-se a objetividade agora no rigor do discurso jurídico ou no consenso originado por meio de sua fundamentação. Do mesmo modo que o sistema jurídico se faz cada vez mais complexo, estruturando-se com base em princípios muito diversos, sua abordagem metodológica complica-se também, abrindo caminho para uma diversidade de perspectivas. O pluralismo e o consenso se introduzem, assim, por entre todos os resquícios da nova ordem<sup>26</sup>.

## 5 A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL SUPRANACIONAL

### 5.1 A ASSIMETRIA ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS GERADA PELO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E PELA INTEGRAÇÃO SUPRANACIONAL

O desenvolvimento da democracia e dos direitos fundamentais nas constituições normativas pode muito bem caracterizar-se como uma “época dourada”, na qual os grandes pactos sociais e políticos possibilitaram a convivência entre os diversos setores sociais em condições civilizatórias jamais alcançadas até o momento<sup>27</sup>. O sentido histórico da Constituição enquanto ordem jurídica fundamental alcança sua plena maturidade com as constituições normativas, porque por meio delas o Texto Constitucional realiza as duas funções essenciais correspondentes ao Direito Constitucional: controlar o poder, garantindo os direitos fundamentais, e canalizar e resolver os conflitos sociais. Desse modo, faz-se possível a convivência pacífica entre todos os setores sociais e a solução dos problemas fundamentais por meio do Direito. Tudo isto ocorre no contexto do Estado nacional e, portanto, com uma indistinção básica entre o poder político e o Estado, assim como entre a Constituição estatal e o Direito Constitucional aplicável (para além da diversidade inerente às estruturas federais ou politicamente descentralizadas).

Justamente quando a Constituição alcança sua maturidade mediante a formulação de um autêntico direito constitucional capaz de concretizar suas

---

25 Essa evolução do conceito de ciência encontra-se marcada pelos descobrimentos no campo das ciências naturais, como o esteve, no seu momento, a concepção racionalista absoluta. Essas descobertas levaram à ruptura com os conceitos tradicionais de natureza, leis fixas, proposições evidentes, para substituí-los pelos mais adequados de sistema de relatividade, princípios operativos, premissas convencionais, etc. Cfr. Norberto Bobbio, *Teoria della Scienza Giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino 1950. p. 200 e ss.

26 Cfr. meu trabalho *Fuentes del Derecho*, v. I, Tecnos, Madrid, 1991.

27 Cfr. meu trabalho *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional*, em *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

funções históricas de controle do poder e de estruturação do conflito social, começa também uma nova transformação relativa ao processo de globalização e aos processos de integração supranacional, impondo novos desafios ao Direito Constitucional ao dificultar, quando não impedir, a concretização de tais funções<sup>28</sup>. Assoma, destarte, uma crise constitucional que, no caso europeu, não de manifesta somente no âmbito fundamental da União Europeia, mas no conjunto dos espaços constitucionais dos Estados-membros, projetando-se igualmente sobre os Estados democráticos em outros âmbitos geográficos, na medida em que debilita o poder estatal e enseja uma dependência das decisões políticas nacionais em relação a instâncias globais e supranacionais (quando não em relação às pressões de setores econômicos externos)<sup>29</sup>.

Tentou-se concretizar a função essencial do constitucionalismo no mundo moderno historicamente – e continua tentando-se em alguns países europeus – de diversas maneiras, que não exigiram a interposição do Direito e que permitiram, no entanto, a garantia dos direitos e a limitação do poder político. Em outros, no entanto, o reconhecimento da democracia pluralista seria o pressuposto necessário para estruturar uma formulação jurídica que elevasse ao plano constitucional a funcionalidade do Direito como instrumento de solução de conflitos e de pacificação social. Essa transformação implicará também uma reformulação do constitucionalismo liberal tendente à ampliação do âmbito dos direitos que devem figurar como objeto de proteção, por meio do princípio do Estado Social<sup>30</sup>, redefinindo-se, conseqüentemente, o papel do Poder Público em relação aos direitos<sup>31</sup>, ao tempo em que se perfilam os mecanismos constitucionais que o condicionam juridicamente.

28 Os limites ao poder do Estado derivados do processo de globalização nem sempre foram negativos do ponto de vista do direito constitucional. Também há elementos constitucionais incipientes na configuração de uma opinião pública em nível mundial (embora condicionada por poderes de todo tipo que impedem de falar numa configuração livre da opinião neste nível) e na criação de condições civilizatórias mais avançadas em relação ao reconhecimento dos direitos individuais. Tais elementos constitucionais manifestam-se juridicamente por meio de instrumentos internacionais que, só de forma limitada, condicionam o poder dos Estados, mas que constituem um passo adiante em relação a outras épocas históricas.

29 Cfr. meu trabalho *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa, em Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, aos cuidados de Biagio Andò e Fausto Vecchio, CEDAM, Padova, 2012.

30 Cfr. o trabalho clássico de H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1929, versão espanhola *¿Estado de Derecho o Dictadura?*, 1929, na recompilação do mesmo autor *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Sobre o princípio do Estado social, cfr. doutrina espanhola: C. De Cabo, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986; M. García Pelayo, *El Estado social y sus implicaciones*, 1975, encontrado na recompilação do mesmo autor *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 4ª ed., Madrid, 1984; A. López López, Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular, *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996; J. Jiménez Campo, termo "Estado social y democrático de Derecho", em J.J. González Encinar (ed.), *Diccionario del sistema político español*, Akal editor, Madrid, 1984, assim como meu trabalho A dimensão constitucional do Estado social de Direito na Espanha, *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 2, Porto Alegre, 2008.

31 Cfr. sobre os direitos sociais, J. J. Gomes Canotilho, Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales, em *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998. p. 35-50, assim como Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 1988. p. 239-260. Cfr. igualmente o trabalho já clássico de P. Häberle *Grundrechte im Leistungsstaat*, 1971, na recompilação do mesmo autor, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980.

Se as constituições normativas conduzem a uma nova fase no desenvolvimento do constitucionalismo é porque vinculam, de maneira indissolúvel, o conceito de Constituição à ideia de democracia, impedindo, assim, teoricamente, o esvaziamento do princípio do Estado de Direito, jamais aplicável a um Estado carente de condições democráticas. Com efeito, somente a democracia possibilita a efetiva submissão do Estado ao Direito. No plano constitucional, embora nem toda Constituição democrática tenha que ser necessariamente normativa, é impensável uma autêntica Constituição normativa que não seja democrática.

A democracia pluralista configura-se, assim, como uma precondição da normatividade constitucional, pois a qualidade jurídica da Constituição só faz sentido baseada no reconhecimento do pluralismo e do conflito. As regras jurídicas são essencialmente mecanismos de ordenação social destinados a pacificar potenciais conflitos e a possibilitar, assim, a segurança jurídica no ordenamento e a paz social na sociedade. No plano constitucional o Direito serve para resolver conflitos fundamentais, que impossibilitariam ou dificultariam ao extremo a convivência caso não fossem canalizados por meio da Constituição normativa. Nas sociedades europeias do pós-guerra, esses conflitos estruturaram-se mediante um grande pacto social (Estado Social de Direito) que foi simultaneamente um grande pacto democrático (Estado Constitucional de Direito)<sup>32</sup>.

Ambos os elementos, o social e o democrático, começaram a ser questionados, no entanto, ao longo das últimas décadas do século XX e alcançaram a primeira década do século XXI já muito debilitados, entrando em crise em função da atual situação econômica, na qual todas as soluções aos problemas financeiros são dadas fora dos circuitos democráticos e têm, ademais, um forte componente antissocial, como se vê de forma dramática na Europa da segunda década do século.

Alguns dos problemas que desafiam hoje os Estados nem sequer têm uma solução clara em níveis supranacionais de governo, que, como é o caso da União Europeia, alcançaram quotas de integração bastante elevadas, requerendo uma resposta global. No entanto, não podemos falar ainda de um direito constitucional global que se situe sequer em uma fase inicial de desenvolvimento. A projeção global do direito constitucional não permite atualmente abordar, mais que de maneira muito incipiente, uma regulação que possibilite o desenvolvimento de um direito constitucional global, embora se devesse avançar no controle dos poderes econômicos que provocam as turbulências mundiais dos últimos anos.

Em todo caso, são possíveis processos de ordenação constitucional em um plano supranacional, que certamente serão exigidos nos próximos anos

---

32 Daí que se possa afirmar, de acordo com C. de Cabo, que a crise do Estado social implica também a do Estado democrático e a do Estado de Direito. Cfr. op. cit., p. 10, 57.

em razão da necessidade generalizada de muitos países, em distintas partes do mundo, de avançar em processos de integração supranacional para afrontar a globalização. Por esse motivo, embora um Direito Constitucional global não apareça hoje na linha do horizonte como uma possibilidade nem sequer distante, é bem possível um direito constitucional supranacional que permita a estruturação de respostas regionais à globalização, compatíveis com as condições democráticas e constitucionais que inspiraram o constitucionalismo<sup>33</sup>.

Na experiência europeia, a integração supranacional apresenta luzes e sombras, do ponto de vista constitucional. Por um lado, podemos afirmar que a integração supranacional em si mesma implica uma divisão adicional do poder que completa a divisão interna do Estado nacional (incluindo a eventual distribuição territorial do poder própria dos sistemas federais, autônomos ou regionais). Dessa perspectiva, à diversidade de formulações da divisão de poderes e do controle do poder nas constituições normativas, une-se a decorrente do processo de integração por meio de uma pluralidade de espaços constitucionais de dimensão europeia.

O processo de integração desenvolveu-se de forma paradoxal do ponto de vista da divisão de poderes, do pluralismo e do controle do poder. Por um lado, não existe, no âmbito da União Europeia, uma organização institucional baseada claramente neste princípio, de maneira que são essencialmente os Estados aqueles que adotam as decisões relevantes mediante procedimentos de concerto supranacional, no seio do Conselho. Certamente, o Parlamento Europeu vem assumindo progressivamente um papel cada vez mais relevante, porém não se pode afirmar que sua posição seja equiparável à dos parlamentos nacionais. Por outro lado, o controle do poder realizado nos espaços públicos nacionais mediante a contraposição entre maioria e oposição, assim como por meio do debate público promovido pelos partidos políticos e os meios de comunicação está basicamente ausente no espaço europeu. Na União Europeia, o debate público continua estruturando-se em torno dos interesses nacionais dos Estados, que são os que controlam essencialmente os processos políticos europeus. Podemos dizer, apesar de tudo, que existe um controle jurídico do poder, realizado pelo Tribunal de Justiça, sobre parâmetros e técnicas semelhantes às constitucionais. Em suma, a ausência de uma divisão interna do poder equiparável à dos sistemas constitucionais dos Estados-membros, com um controle político do poder que permita caracterizar a estrutura institucional como uma de natureza democrática, apresenta-se tão evidente que é habitual ressaltar incompatibilidade entre os princípios democráticos que a UE exige para a adesão de novos Estados e sua própria organização interna.

No entanto, não se pode deixar de destacar que o processo de integração europeia incorpora – apesar de suas deficiências do ponto de vista democrático

---

33 Cfr. meu trabalho *Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización*, no prelo, Libro-Homenaje a Antonio Torres del Moral, Madrid.

– uma divisão de poder que funciona como limite ao poder político dos Estados-membros. Trata-se de um limite que se manifesta no âmbito constitucional, ao tempo em que provoca uma fragmentação do poder constituinte do Estado nacional<sup>34</sup>. Porém, ao mesmo tempo, manifesta uma garantia adicional em prol da estrutura constitucional democrática de cada um dos Estados-membros<sup>35</sup>. Por último, possibilita uma garantia adicional das condições democráticas de exercício do poder em cada um dos Estados-membros<sup>36</sup>.

Assim, pois, de maneira paradoxal, o *deficit* democrático da União Europeia, apesar de repercutir negativamente na densidade democrática dos Estados-membros, não é incompatível com a funcionalidade da UE, do ponto de vista da divisão de poderes e do controle do poder desses Estados. A integração supranacional enseja, assim, uma formulação específica da divisão de poderes e do pluralismo ordenamental que, ao menos, favorece a estabilidade democrática dos Estados europeus.

Vista dessa perspectiva, a realidade constitucional de cada um dos espaços que convergem no território dos Estados europeus que integram a União Europeia está intimada a uma crescente interação no futuro. Trata-se de uma dialética que parte de uma divisão do poder mais profunda e ampla do que a previamente conhecida pelo Estado nacional. Uma divisão do poder na qual a interação entre os diversos espaços constitucionais favorece novos desdobramentos dos direitos fundamentais e possibilita novas formas de controle do poder inerentes à existência de uma pluralidade de instâncias territoriais nas quais se exerce um poder político próprio.

O desenvolvimento deste novo direito constitucional supranacional, com suas diferentes evoluções na Europa e em outros âmbitos geográficos, deve ser objeto de análise do ponto de vista do direito constitucional com um novo estatuto metodológico que permita dar conta das diferenças entre o constitucionalismo das constituições normativas e a projeção supranacional e global deste ramo jurídico. No momento, podemos constatar nesta nova projeção do constitucionalismo uma ruptura da simetria entre democracia e direitos que caracterizou as constituições normativas. Destarte, há espaços de direitos sem contexto democrático equiparável ao nacional e também há espaços democráticos submetidos a limitações de direitos nascidas em níveis supranacionais ou globais.

---

34 Cfr. a este respeito, meu trabalho *El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente*, em VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, v. I, Madrid, 2002. p. 99-130.

35 Cfr. meu trabalho *La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales*, em F.J. Matia Portilla (Dir.): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Instituto de Estudios Universitarios/Editorial Comares, Granada, 2009. p. 65-94.

36 Cfr. arts. 2 e 7 TUE. De acordo com o art. 2 TUE: "A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres". Por seu turno, o art. 7 TUE estabelece as medidas que se podem adotar contra os Estados nos quais produzam-se uma violação grave e persistente dos valores proclamados no art. 2 TUE.

A construção de um direito constitucional da integração supranacional revela-se uma tarefa cada vez mais urgente<sup>37</sup>. Não para renunciar ao espaço público estatal enquanto projeção nuclear do direito constitucional, mas para contribuir com a concretização das funções correspondentes à nossa disciplina: o controle do poder, a garantia dos direitos e a estruturação democrática dos conflitos sociais e políticos. Não faz sentido que continuemos vendo no Estado o lugar no qual assomam as respostas políticas às demandas sociais quando, como podemos comprovar nos últimos tempos, as políticas estatais são impostas de fora para dentro, sem que os processos democráticos sirvam, em muitos casos, para realizar uma autêntica escolha entre distintas opções.

As respostas às questões sugeridas atualmente em relação às necessidades constitucionais de controle do poder e garantia dos direitos já não se encontram, em grande medida, no plano interno do Estado nacional. Faz-se necessário, portanto, buscá-las nos âmbitos nos quais o poder é exercido e analisar as relações geradas entre as diversas esferas de poder, a fim de determinar o modo pelo qual o direito constitucional atual pode revelar-se operacional no cumprimento das funções que lhe correspondem. Muitas das limitações a direitos fundamentais, atualmente levadas a cabo nos estados europeus, estão sendo decididas previamente em níveis supranacionais e globais, razão pela qual se rompe a simetria entre a estrutura democrática do poder e o sistema de proteção dos direitos, sob a égide da Constituição normativa.

## 5.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL SUPRANACIONAL

O direito constitucional supranacional não pode pretender analisar as instituições e as técnicas supraestatais com uma metodologia que se baseie na aplicação acrítica dos elementos de análise previamente utilizados para estudar as instituições e técnicas estatais equivalentes ou similares. Pelo contrário,

37 O autor deste trabalho já leva vários anos comprometido com esta tarefa, através de diversos estudos publicados em diferentes países. Cfr., por exemplo: *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale, em Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, aos cuidados de Giancarlo Rolla, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001. p. 113-130; *Der Integrationsprozess in Europa und die Beziehungen zwischen der Europäischen Rechtsordnung und den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten*, em A. Blankenagel, I. Pernice, H. Schulze-Fielitz (Hrsg.) *Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004. p. 311-326; *Die europäische Verfassung auf dem Weg zum Europäischen Verfassungsrecht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, Bd. 53, 2005. p. 401-410; *Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea (2006)* em VVAA, *Annuario 2006 – La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale. Roma, 27-28 ottobre 2006. 50º anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. Jovene Editore, Napoli 2010. p. 257-308; *El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea, Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 83, mayo/ago. de 2008; *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia*, em André Ramos Tavares, Ingo Wolfgang Sarlet y George Salomão Leite (Ed.), *Estado Constitucional e Organização do Poder*, São Paulo: Saraiva, 2010; *Derecho Constitucional y Estado en un mundo globalizado*, Granada, 2011; *Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo*, em *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, aos cuidados de Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011. p. 31-49; *Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização*, em Paulo Roberto Barbosa Ramos (Org.), *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, EDUFMA, São Luis, 2011. p. 24-47.

conforme já salientamos, faz-se necessário um novo estatuto metodológico que leve em consideração as diferenças entre o constitucionalismo das constituições normativas e o nascente direito constitucional supranacional, em suas distintas variáveis.

Partindo dessa perspectiva, pode ser-nos útil o caminho já percorrido nos estudos sobre o processo de integração de um ponto de vista constitucional. Assim, por exemplo, o Parlamento Europeu apresenta importantes diferenças em relação aos parlamentos nacionais não só nas suas competências formais, como também na sua estruturação interna à luz das exigências da democracia pluralista e da formação de um espaço público baseado no embate entre maioria e minorias. Ademais, o contexto institucional e político no qual se desenvolvem suas funções não é equiparável ao que existe no âmbito estatal. Na realidade, não é somente o problema das competências limitadas do Parlamento Europeu aquilo que determina as insuficiências democráticas da estrutura institucional europeia. Pelo contrário, todo o incipiente espaço público europeu carece de condições democráticas equiparáveis às dos Estados-membros<sup>38</sup>. Se levarmos em consideração a relativamente recente entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em 1º de dezembro de 2009, com o Tratado de Lisboa, encontrar-nos-emos com uma ruptura da simetria entre democracia e direitos que caracterizou previamente o constitucionalismo. Porém, na verdade, a existência de um espaço de direitos sem contexto democrático é comum a outros fenômenos de proteção supranacional dos direitos. O que acontece é que, em outros âmbitos, a proteção supranacional, por definição, não precisa estar voltada para o pluralismo constitucional e condicionada pelo controle de uma maioria legiferante, como certamente deveria estar na União Europeia.

Essas diferenças entre o nível nacional e o supranacional na relação entre democracia e direitos pode ser encontrada também em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto jurisdição constitucional supranacional. Existem modulações significativas no que tange a seu desenho institucional e ao contexto no qual desenvolve suas funções em relação às jurisdições constitucionais nacionais. Entre outras variadas questões que poderiam ser trazidas à baila<sup>39</sup>, cabe levar em consideração o fato de que a jurisdição constitucional

---

38 De fato, Dieter Grimm destaca, acertadamente, que o aumento de competências do Parlamento não necessariamente incrementaria a densidade democrática da UE neste contexto de fragilidade do espaço público europeu, com ausência de meios de comunicação e de partidos de alcance europeu. Cfr. Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1994, versão italiana *Una costituzione per l'Europa?* em *Il futuro della costituzione*, aos cuidados de Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther, Einaudi, Torino, 1996. p. 339-367.

39 Cfr. meus trabalhos *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale*, anteriormente citado (existe versão espanhola: *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional*, na *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, p. 25-46, ene./jun. de 2004. Disponível em: [www.ugr.es/~redce/](http://www.ugr.es/~redce/)) y *Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea*, igualmente citado (existe versão espanhola: *Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea*, *Nomos. Le attualità nel diritto*, Roma, n. 3, settembre/dicembre 2006. p. 17-52 e *Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, ene./jun. 2007. Disponível em: [www.ugr.es/~redce/](http://www.ugr.es/~redce/)).



tem entre suas missões essenciais a garantia do pluralismo no embate entre maioria e minoria, comum no sistema democrático. As jurisdições supranacionais, no entanto, atuam em um espaço público no qual esta tensão básica não se produz, nem sequer no âmbito da União Europeia. Na UE, na ausência de um espaço público desenvolvido, a tensão fundamental se dá entre a coletividade e os Estados, sendo esses últimos os autênticos agentes com capacidade decisória, baseado nos interesses nacionais e não em uma configuração pluralista do espaço público<sup>40</sup>. Por esse motivo, a jurisdição “constitucional” da União Europeia é também um instrumento de controle do poder, porém não desenvolve uma função específica vinculada ao embate entre democracia da maioria e democracia pluralista ou constitucional<sup>41</sup>.

Igualmente, caso analisemos os atos jurídicos da União Europeia, as fontes do Direito, em definitivo, encontraremos diferenças relevantes na conformação jurídica da ordem institucional e na configuração do espaço público, que determinam uma formulação distinta das fontes em relação ao espaço público nacional mais além de sua caracterização formal enquanto “atos com valor de lei” capazes de cobrir as reservas de lei existentes no âmbito europeu<sup>42</sup>.

Por outro lado, o direito constitucional tem que analisar também as instituições estatais com uma abordagem distinta daquela previamente utilizada para estudá-las no contexto de um Estado nacional não integrado em instituições supranacionais. Essa exigência metodológica estende-se a todos os setores do direito constitucional nacional, desde a reforma constitucional até a jurisdição constitucional, passando pela caracterização de princípios tradicionais do constitucionalismo como o da divisão dos poderes.

No que se refere à reforma constitucional, a fragmentação do poder constituinte nacional originada pela integração supranacional impõe a necessidade de reformular a teoria do poder constituinte e sua diferenciação formal do poder de reforma, nos termos nos quais se realizou historicamente<sup>43</sup>. A ideia de um poder constituinte soberano que expressa a unidade de um poder estatal sem limites jurídicos de qualquer tipo já não pode ser defendida no contexto da União Europeia, por exemplo. As exigências derivadas do processo de integração condicionam qualquer processo constituinte dos Estados-membros,

---

40 Cfr. a respeito meu trabalho *European Identity, Citizenship and the Model of Integration*, atualmente no prelo em Portugal.

41 Cfr. meu trabalho A configuração normativa dos direitos fundamentais pela justiça constitucional em um contexto de integração supranacional, em George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*, Salvador/Bahia: JusPodivm, 2012. p. 125-142.

42 Cfr. meu trabalho *La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales*, anteriormente mencionado.

43 Cfr. meus trabalhos El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente, já mencionado, e La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo aniversario, Número conmemorativo, 1948-2008, p. 29-61.



aproximando, portanto, a noção de poder constituinte e a de poder de reforma, compreendido este como um poder submetido a limites e condicionantes jurídicos formais e/ou materiais.

No que concerne à jurisdição constitucional, parece evidente que suas funções tradicionais também se veem afetadas pelos processos de integração supranacional. A jurisdição constitucional tem entre suas missões a de controlar os outros Poderes Públicos, possibilitando a efetividade do princípio de divisão de poderes. À jurisdição constitucional compete estabelecer os limites específicos da divisão de poderes, razão pela qual se situa, de acordo com esse ponto de vista, em um nível superior ao da divisão de poderes, ao menos considerada como divisão interna ou política do poder. Corresponde-lhe, em definitivo, a garantia jurisdicional, ou externa, da divisão de poderes, enquanto órgão que controla os limites de competência dos três poderes tradicionais (embora possa estar formalmente adstrito a um deles, caso se integre no Poder Judiciário)<sup>44</sup>. Todavia, não se pode afirmar que já tenha, no contexto supranacional no qual se integra, a capacidade de estabelecer, plenamente, os limites específicos da divisão de poderes. Mais precisamente, o que ocorre é que a própria Constituição nacional configura-se agora como um fato a mais em uma divisão do poder que manifesta uma dimensão supranacional. Por esse motivo, a jurisdição constitucional interna compõe – também como um fato a mais – esta estrutura complexa da divisão de poderes em um contexto supranacional<sup>45</sup>.

Por outro lado, no que se refere aos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional estatal já não é a única capaz de configurar normativamente os direitos no plano jurisprudencial. Ademais, existe uma diversidade de instrumentos normativos fundamentais nos quais se proclamam direitos dignos de proteção e que dão ensejo a uma interação permanente entre os distintos níveis. No que tange especificamente ao âmbito da União Europeia, do ponto de vista da função jurisdicional, resta evidente que, tanto os tribunais constitucionais internos como o TJUE, têm agora um parâmetro mais amplo do que o configurado pelos próprios textos fundamentais para efetuar o controle de validade das normas e para realizar sua própria configuração normativa dos direitos<sup>46</sup>.

Em atenção às características da função normativa desenvolvida pela jurisprudência constitucional<sup>47</sup>, pode-se também extrair outras conclusões sig-

44 Cfr. meu trabalho *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia citado*. Cfr. também meu trabalho *Notas sobre la estructura constitucional del Estado Español, Revista de Derecho Político*, n. 32, p. 189 e ss, 1991.

45 Cfr. meus trabalhos *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia citado* e *A configuração normativa dos direitos fundamentais pela justiça constitucional em um contexto de integração supranacional* igualmente citado.

46 Cfr., sobre esta ampliação do parâmetro em diversos sistemas jurídicos, tanto europeus como americanos: Gilmar Mendes, *La Construcción de un Derecho Común Iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil*, ReDCE, a. 6, n. 11, p. 65-86, ene./jun. 2009. Existe versão disponível na Internet em: [www.ugr.es/~redce](http://www.ugr.es/~redce).

47 Remeto-me de novo a meu trabalho *La función normativa de las sentencias constitucionales*, em *Criterio y conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, n. 4, jul./dic. 2008, México. p. 15-35.

nificativas. Antes de mais nada, é difícil definir a existência de um “intérprete supremo” em matéria de direitos fundamentais. A jurisdição constitucional continua sendo o “supremo intérprete” do Texto Constitucional interno, porém já não tem a última palavra em relação aos direitos fundamentais. Destarte, a jurisdição constitucional nacional tem agora uma capacidade limitada de configuração normativa dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, igualmente, que existem outras características próprias da função normativa da jurisdição constitucional que se intensificam em um contexto supranacional. Assim, seu caráter complementar incrementa-se enquanto tal. Intensifica-se também seu caráter fragmentário, do ponto de vista da estruturação técnica, com cadeias normativas que serão agora necessariamente mais extensas, procedentes de fontes e ordenamentos diversos. Naturalmente, aumenta também a complexidade que já tinha previamente a função normativa da jurisdição constitucional em um contexto nacional.

Do ponto de vista da relação entre democracia e direitos, podemos ver como o processo de globalização e os processos de integração supranacional estão afetando a simetria que o constitucionalismo havia estabelecido entre democracia e direitos. Isto é, à exigência de uma determinada conformação do poder político para que a garantia dos direitos seja viável. Em algumas hipóteses, essa ruptura da assimetria não representa algo negativo por basear-se no estabelecimento de novos controles dos Poderes Públicos nacionais, por meio de uma estrutura internacional que está voltada especificamente para a garantia supranacional dos direitos.

Em outras hipóteses, tratando-se de processos de integração supranacional como o europeu, a assimetria entre democracia e direitos apresenta facetas problemáticas, pois a proclamação de direitos, formalmente realizada por meio da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, carece de um contexto plenamente democrático, tanto do ponto de vista da configuração das instituições como do próprio espaço público europeu. Ao mesmo tempo, o espaço público nacional resente-se atualmente dessa ausência de configuração democrática e experimenta limitações de direitos que não são objeto de decisões internas baseadas na simetria entre democracia e direitos estabelecida na própria Constituição nacional. Sem negar que o processo de integração também apresenta aspectos positivos do ponto de vista do reforço da estabilidade democrática dos Estados-membros da União Europeia e da interação entre níveis de proteção dos direitos que podem contribuir para seu desenvolvimento, o certo é que a assimetria entre democracia e direitos significa uma ruptura da cultura constitucional que inspirou o constitucionalismo. A restauração dessa cultura constitucional só será possível mediante a plena democratização da União Europeia.

### **Município é condenado a pagar indenização à família de vítima fatal de acidente**

O Município de Juazeiro do Norte deve pagar indenização moral de R\$ 20 mil à família do mototaxista F. V. S., que faleceu em decorrência de colisão com árvore caída em avenida. A decisão da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) teve como relatora a Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda. Segundo os autos, F. V. S. estava trabalhando quando a moto bateu em uma árvore atravessada na pista. Ele teve morte imediata por conta dos ferimentos. O acidente aconteceu em janeiro de 2004, na Avenida Humberto Bezerra, Bairro Timbaúbas, no Município de Juazeiro do Norte, a 535km de Fortaleza. Por esse motivo, a viúva ajuizou ação requerendo indenização por danos morais e materiais. Alegou que o marido faleceu devido à queda da árvore, que danificou a rede de iluminação na via pública e agravou a má sinalização do local. Na contestação, o Município de Juazeiro sustentou culpa exclusiva da vítima, que não utilizava capacete. Disse, ainda, que o mototaxista excedia a velocidade permitida para o local. Em dezembro de 2009, o juiz da 5ª Vara da Comarca de Juazeiro, Miguel Feitosa Cardoso, condenou o ente público a pagar R\$ 20 mil, a título de danos morais, devidamente corrigidos. Também determinou reparação material no valor correspondente a meio salário-mínimo, pelo período de 23 anos. O magistrado considerou a existência de culpa concorrente. “Município e vítima concorreram para o evento danoso, na medida em que, ao primeiro, cabia agir diligentemente quanto à sinalização do lugar e, ao segundo, guiar com prudência e com o equipamento de segurança, diante daquela circunstância incomum”. Objetivando modificar a sentença, o ente público interpôs apelação (nº 1366-51.2004.8.0.0112/1) no TJCE. Reiterou os mesmos argumentos defendidos na contestação. Além disso, solicitou a redução da quantia indenizatória. Ao relatar o caso, a Desembargadora Sérgia Miranda destacou que o Município ficou “inerte durante quase doze horas, sem qualquer providência para desobstruir a avenida ou sinalizá-la”. A relatora, no entanto, votou pela redução da indenização material para atender ao princípio da proporcionalidade. Com esse entendimento, a 6ª Câmara Cível deu parcial provimento ao recurso e fixou em 1/3 do salário-mínimo os danos materiais, mantendo os demais termos da sentença. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará)

### **Constitucional lei que estabelece distância mínima para construção de posto de combustível**

Os desembargadores do Órgão Especial do TJRS declararam constitucional legislação de Novo Hamburgo que estabelece distância mínima para construção de novos postos de gasolina na cidade. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), que questionava a lei, foi proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) do Estado. Segundo a PGJ, o art. 1º da Lei nº 1.064/2004 afronta princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor. Conforme a legislação, as novas construções de postos de combustíveis deverão obedecer a um afastamento de 1.500 metros de qualquer posto de serviço existente ou licenciado. No Órgão Especial, o relator do processo foi o Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, que votou pela improcedência da ADIn. Segundo o magistrado, o Município detém competência para legislar sobre matéria de interesse local, não havendo afronta aos princípios e normas constitucionais. Além disso, destacou o relator, a motivação da lei está centrada na questão de segurança. Por certo, deve prevalecer o interesse local, não havendo falar em interferência na liberdade econômica e nem no livre comércio. O que deve ser levado em consideração é a tentativa da lei de afastar os riscos para a comunidade de Novo Hamburgo, por se tratar, em

outras palavras, de um depósito de material explosivo e altamente inflamável, afirmou o magistrado. O voto foi acompanhado pela unanimidade dos desembargadores do Órgão Especial do TJRS. ADIn 70049239486. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul)

### **Racismo gera indenização por dano moral a empregado**

Por não adotar medidas em relação a atos racistas praticados por empregados contra um colega negro no ambiente de trabalho, uma empresa do ramo de mineração foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20 mil. A empresa recorreu da condenação, mas o TST não conheceu do seu recurso, ficando mantida, assim, a decisão de primeira instância. Na reclamação, o empregado, que era soldador, contou que durante os cinco anos que trabalhou na empresa, entre 2004 e 2009, foi reiteradamente agredido verbalmente por colegas, com palavras e expressões racistas. Com base nos depoimentos de testemunhas, o juízo reconheceu a ofensa racista praticada contra o trabalhador e, avaliando que a empresa foi omissa no ocorrido, condenou-a ao pagamento da indenização por dano moral. Tendo o TRT da 12ª Região negado provimento ao recurso da empresa e mantido o valor da indenização deferido na sentença, ela recorreu ao TST, alegando excessivo o valor de R\$ 20 mil arbitrado a título de indenização por danos morais. Sustentou que sempre prezou pelo bem-estar dos empregados e que não sabia das ofensas à vítima. No entanto, ao examinar o recurso, o relator, afirmou que a alegação da empresa “não encontra respaldo no art. 896, § 6º, da CLT, que trata das hipóteses de cabimento de recurso de revista nas causas submetidas ao procedimento sumaríssimo”. Segundo o relator, a empresa “limitou-se a apontar divergência jurisprudencial, o que não autoriza o trânsito do recurso de revista, no caso concreto”. O voto do relator não conhecendo do recurso foi seguido por unanimidade. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal Superior do Trabalho)

### **Trabalho voluntário é livre da incidência de contribuição à Previdência Social**

“Trabalho voluntário [...] não enseja contraprestação econômica. Sendo gratuito e prestado sem vínculo empregatício, não há que se falar em fato gerador de contribuições destinadas à Seguridade Social”. Esse foi o entendimento da 6ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região ao julgar o Processo nº 0123081-21.2000.4.01.000, interposto por uma igreja evangélica. Discute-se no processo a legitimidade da cobrança de contribuições ao INSS sobre trabalho executado com mão de obra não assalariada, com fundamento no art. 150, inciso VI, alínea *b*, da Constituição Federal. O juiz relator esclareceu que o dispositivo se aplica apenas aos impostos, dos quais não fazem parte as contribuições previdenciárias. O magistrado ressaltou que “a ausência de comunicação prévia do regime de mutirão não tem o condão, por si só, de atrair a obrigação de recolhimento de contribuição para a Seguridade Social porquanto não se operou o fato gerador da exação”. Com base em tais fatos, a Turma entendeu nulas as notificações fiscais lançadas em desfavor da apelante e reformou a sentença, de acordo com o requerido em apelação. A decisão foi unânime. (Conteúdo extraído do *site* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região)

### **Deputados apelam aos três Poderes contra projeto dos royalties**

A Vice-Presidente da Câmara, Deputada Rose de Freitas (PMDB-ES), e os Deputados Anthony Garotinho (PR-RJ) e Hugo Leal (PSC-RJ) ingressaram no Supremo Tribunal Federal (STF) com pedido para suspender a tramitação da proposta (PL 2.565/2011) de

redistribuição dos *royalties* do petróleo, aprovada na terça-feira (6) pela Câmara. Os deputados pedem ao Ministro Luiz Fux que seja expedida uma liminar, em caráter “urgentíssimo”, para suspender a tramitação do projeto, que seguiu para sanção presidencial. O documento afirma que o projeto contém “escandalosas inconstitucionalidades” e, por isso, não poderia seguir para a Presidente Dilma Rousseff. O pedido dos deputados reforça outro mandado de segurança apresentado ao Ministro Luiz Fux quando a proposta foi aprovada no Senado, em outubro de 2011. Para Hugo Leal, a proposta fere o direito adquirido dos Estados e Municípios produtores ao modificar regras de partilha dos recursos. “O que se produziu fere o direito adquirido dos Estados e seus Municípios de receberem aquele percentual de um contrato já assinado”, afirmou. Além de ir ao Supremo, os deputados também lutam no Congresso. Rose de Freitas pediu ao Presidente Marco Maia que reconsidere a decisão de enviar o projeto dos *royalties* para a análise do Palácio do Planalto, apesar de o texto conter um erro material. O projeto do Senado diz que Municípios afetados receberão 3% dos recursos em 2017, quando o correto seria 2%. Por conta disso, a soma dos percentuais chega a 101%. A deputada defende a volta do projeto ao Senado, a quem considera que cabe corrigir o erro, também uma nova votação nas duas Casas. (Conteúdo extraído do *site* da Câmara dos Deputados)

#### **Sancionada lei que tipifica crime de formação de milícia**

Lei que tipifica como crime a formação de milícia ou de organização paramilitar (Lei nº 12.720, de 2012) foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff e está na edição da sexta-feira (28.09) do Diário Oficial da União (DOU). O texto aprovado pelo Congresso Nacional prevê pena de reclusão de quatro a oito anos para quem constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar crimes previstos no Código Penal. A punição pode ser ainda maior se um crime como homicídio for cometido por milícias sob o pretexto de prestar serviço de segurança. Nesse caso, a pena pode ser aumentada de um terço até a metade. O projeto PLC 137/2008 que originou a lei é de autoria do Deputado Luiz Couto (PT-PB) e foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados no início de setembro. A proposta foi elaborada a partir de uma comissão parlamentar de inquérito (CPI) da Câmara que investigou as ações de grupos de extermínio e milícias privadas na Região Nordeste do Brasil. No Senado, a matéria passou pelas comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), tendo sido aprovada em 2009. (Conteúdo extraído do *site* do Senado Federal)

#### **Decisão que converteu recuperação judicial da Vasp em falência é cassada**

O STJ, no REsp 1299981, cassou decisão da Justiça paulista que converteu a recuperação judicial da Viação Aérea São Paulo (Vasp) em falência. O ministro levou em consideração a necessidade da prevalência do princípio da preservação da empresa em detrimento dos interesses individuais de determinados credores. “Determinados credores impediram que a empresa cumprisse em parte o plano de recuperação judicial, visando à satisfação de seus interesses individuais e em manifesto conflito de interesses com a massa falida, impediram que a empresa recuperanda cumprisse em parte o plano de recuperação judicial, prejudicando toda a massa de credores e de empregados da Vasp, violando, assim, o princípio da continuidade da empresa”, afirmou Uyeda. A conclusão do ministro é a de que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não observou corretamente o princípio da preservação da empresa, uma vez que a recorrente Vasp não descumpriu voluntariamente o estabelecido no plano de recuperação judicial.

“Pelo contrário, embora tenha angariado esforços no sentido do seu cumprimento, [a Vasp] teve contra si ajuizadas diversas ações de empresas credoras que objetivaram satisfazer seus interesses individuais, vendo-se a Vasp obrigada a cumprir as determinações judiciais, o que inviabilizou a regularidade do seu funcionamento”, finalizou. (Conteúdo extraído do *site* do Superior Tribunal de Justiça)

Fechamento da Edição: 17.12.2012