

Organizador:
Marcus Firmino Santiago

Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais

Volume: 1





Organização

Prof. Marcus Firmino Santiago

DESJUDICIALIZAÇÃO DO DEBATE SOBRE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS – VOLUME 1

1ª edição

Autores:

Marcus Firmino Santiago;

Alex Alves Lessa;

Victor Aguiar Jardim de Amorim;

Norton Maldonado Dias

Paulo José Leite Farias.

IDP

Brasília

2014

Conselho Editorial:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
(Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnoldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCLA)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Logroscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SANTIAGO, Marcus Firmino .

Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais
volume 1/ Organizador Marcus Firmino Santiago. – Brasília : IDP, 2014.

Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>
105 p.

ISBN 978-85-65604-47-5

DOI 10.11117/9788565604475

1. Direito Constitucional – Direitos Sociais - Efetividade.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
NEOCONSTITUCIONALISMO: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	10
Marcus Firmino Santiago	10
A CONTRIBUIÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM MODELO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	35
Alex Alves Lessa.....	35
Victor Aguiar Jardim de Amorim	35
DIREITOS NÃO HUMANOS, MAS DO SUJEITO DE DIREITOS	63
Norton Maldonado Dias	63
O MUNICÍPIO COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FEDERAÇÃO.....	84
Paulo José Leite Farias.....	84

APRESENTAÇÃO

Marcus Firmino Santiago¹

A presente obra é fruto das reflexões desenvolvidas no seio da disciplina Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais, ofertada pelo Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade do IDP, cujo tema central é a análise das dificuldades práticas vivenciadas no processo de concretização de direitos fundamentais de natureza social face às limitações do Poder Judiciário em oferecer respostas adequadas às demandas que se avolumam. Discentes e docentes se debruçaram sobre a temática ao longo do semestre e desenvolveram parceria frutífera com a Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília, que contribuiu com um artigo para esta obra.

Embora não afigure uma realidade nova, seja no Brasil, seja em outros sistemas, segue relevante o debate, especialmente diante do tempo já decorrido desde o advento de um novo modelo constitucional que, seguindo as perspectivas do neoconstitucionalismo, realça a centralidade dos direitos fundamentais, cria um conjunto de obrigações para os Poderes Públicos e abre novas possibilidades para a jurisdição constitucional.

A análise do tema perpassa questões teóricas acerca dos direitos fundamentais constitucionais, sua natureza ou força normativa (temas de todo já discutidos e pacificados) e sua aplicação, na medida em que a efetividade de semelhantes direitos depende visceralmente da adoção de medidas concretas, cuja concepção e implementação não raro ultrapassam a capacidade técnica decisória dos juízes.

Neste sentido, mostra-se pertinente e relevante defender que o debate contemporâneo acerca da efetividade de direitos fundamentais sociais ultrapasse uma temática estritamente jurídico-conceitual e adentre na seara administrativa, realçando aspectos relacionados à gestão de políticas públicas

¹ Doutor em Direito do Estado. Professor do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Advogado.

e à gestão orçamentária, destacando o impacto que os textos produzirão na área do direito.

Os temas se imbricam na medida em que o modelo constitucional contemporâneo impõe ao Estado um conjunto de obrigações positivas diante do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, o que redundará em um dever de agir que se materializa por meio da adoção de políticas públicas voltadas à concretização das promessas constitucionais. E toda ação estatal gera custos, por vezes extremamente elevados, tornando imprescindível ter em conta os limites orçamentários que vinculam a atividade gerencial do Estado. Em poucas palavras, qualquer debate sobre efetividade de direitos sociais deve, obrigatoriamente, ultrapassar os espaços fechados da ciência jurídica constitucional e se imiscuir em temas atinentes à gestão administrativa e financeira do Estado.

Daí que, a partir da perspectiva conceitual ofertada pelos estudos compreendidos na teoria do neoconstitucionalismo, busca-se discutir a interrelação existente entre a efetivação de direitos fundamentais sociais e a gestão administrativa e financeira do Estado, de modo a realçar a necessidade de o planejamento das políticas públicas e da gestão orçamentária caminharem de forma articulada com o plano normativo constitucional. Tal perspectiva permite colocar em confronto as atuações administrativa e judicial, abrindo espaço para refletir acerca da real capacidade do Judiciário oferecer respostas adequadas às demandas sociais.

As etapas percorridas pela pesquisa e materializadas nos dois volumes em que se desdobra esta obra englobaram a discussão das teorias do neoconstitucionalismo e sua defesa acerca da centralidade e da força normativa dos direitos fundamentais, com a consequente vinculação das ações estatais a seus comandos, dado que sustenta o fortalecimento da jurisdição constitucional na medida em que permite judicializar todo o debate sobre a atividade estatal.

Buscou-se, em seguida, analisar o processo de definição, implementação e controle de resultados de políticas públicas tendo em mira a

necessidade de funcionarem como espaços para efetivação de direitos fundamentais. Enfim, cuidou-se de compreender o processo de gestão orçamentária como um alicerce para a implementação de políticas públicas e, por conseguinte, para a efetividade de direitos, tema que implica na compulsória análise de experiências inovadoras especialmente no plano municipal.

O tempo todo esteve presente o cuidado com a reflexão acerca da atividade judicial, suas constantes participações em espaços tradicionalmente reservados à discricionariedade administrativa e as limitações inerentes ao tecnicismo característico tanto da função administrativa quanto jurisdicional. Cumpre, assim, direcionar o debate no sentido de buscar alternativas à crescente judicialização dos conflitos envolvendo efetividade de direitos fundamentais sociais, pelo que compreender adequadamente a sistemática da atividade administrativa, especialmente no que tange à concepção de políticas públicas e a gestão orçamentária, é ponto fulcral em qualquer discussão sobre o tema nos dias atuais.

NEOCONSTITUCIONALISMO: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVIDADE JURISDICIONAL

Marcus Firmino Santiago²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já há mais de 50 anos o constitucionalismo ocidental vem sendo compreendido a partir de uma perspectiva conceitual e prática diferente daquela que, em sua origem, era dominante. Em fins do Século XVIII, vicejavam as ideias antiabsolutistas, pautadas em concepções liberais que miravam a realidade estatal vigente e buscavam reescrever as forma de relação entre Estado e sociedade.

Neste contexto, o Direito logo adquiriu especial relevância, ganhando espaço as concepções teóricas que enxergavam nele o melhor mecanismo para definir, de forma clara, objetiva e estável, os parâmetros de ação e limites ao poder dos governantes. E coube à teoria norte-americana colocar em prática as propostas de Montesquieu, afirmando as Constituições como espaço para positivação do Direito Natural, das normas básicas de organização da vida em sociedade.

A partir da experiência norte-americana, formada já no momento da declaração de independência e replicada na Revolução Francesa, rapidamente disseminou-se a noção de que as Constituições funcionam como momento fundante, materializando a vontade social criadora que origina e estrutura o Estado. Com o advento do constitucionalismo, opera-se a definitiva submissão do poder político ao sistema jurídico, consolidando a ideia de primado do Direito.

A principal tarefa outorgada às Constituições foi, portanto, organizar e controlar o poder político estatal, definindo os limites de ação dos governantes. Com este mesmo propósito eram definidos os direitos fundamentais (prioritariamente voltados à garantia da liberdade individual), concebidos

² Doutor em Direito do Estado. Professor do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

segundo a perspectiva enunciada por John Locke, ou seja, barreiras à ação política, freios para o poder.

A evolução da realidade social impôs mudanças às Constituições e, naturalmente, à teoria constitucional. O mundo pós Segunda Guerra trazia desafios diferentes a serem enfrentados pelo sistema jurídico, o que colocou em uma dimensão diferenciada o debate sobre os direitos fundamentais. A teoria do neoconstitucionalismo se desenvolve neste contexto, tendo como horizonte referencial a necessidade de ressignificar as Constituições face às transformações operadas em seu conteúdo e suas bases conceituais.

Adquire especial relevo, neste contexto, o sistema de direitos fundamentais, cuja inscrição nos textos constitucionais representa a positivação da pauta de valores sociais, em um processo de reaproximação entre Direito e moral, que tem por consequência a atribuição de um status diferenciado a estes direitos. De fato, as Constituições contemporâneas têm nos direitos fundamentais seu alicerce estruturante e esta característica afeta todo o processo de compreensão e aplicação de seu texto, conferindo a seus destinatários a responsabilidade de lhes garantir efetividade.

O presente trabalho analisa a teoria constitucional contemporânea, destacando seus aspectos característicos na busca por compreendê-la a partir de referenciais objetivos, em um estudo sistemático dos principais autores que se debruçam sobre o tema. Espera-se, com isso, aclarar as bases conceituais necessárias à compreensão do papel que o Estado precisa cumprir perante a sociedade em um contexto no qual os direitos fundamentais ostentam um status central e decisivo para a aplicação constitucional.

1 ORIGEM DO DEBATE

O termo *neoconstitucionalismo*, que intitula este estudo, pode ser considerado como plurissignificativo, na medida em que serve tanto para designar a Teoria Constitucional que se desenvolve no pós Segunda Guerra quanto uma nova compreensão acerca da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica. Para Alfonso García Figuerola, a este significante se tem agregado

sentidos que permitem agregar sob seu rótulo um conjunto de teorias que têm proporcionado “(...) una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.”³

Neoconstitucionalismo é palavra utilizada por vários autores para designar todo um sistema de pensamento jurídico que se espalha pela Teoria Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia Jurídica, sempre a partir de uma raiz comum: um novo paradigma constitucional, impregnado de elementos valorativos, que impõe a reaproximação entre Direito e Moral. Com isso, permite a compreensão dos fenômenos jurídicos sob um prisma diferente, rompendo em definitivo com o formalismo positivista.

Em texto de Paolo Comanducci encontra-se uma tentativa de sistematizar estas diferentes compreensões autorizadas pelo termo neoconstitucionalismo, falando, o autor, em *neoconstitucionalismo teórico* - quando este se refere à Teoria do Direito; *neoconstitucionalismo ideológico* - sobre sua vertente ligada à Jusfilosofia e a aproximação entre Direito e Moral; e *neoconstitucionalismo metodológico* - quanto à nova dimensão assumida pela Teoria Constitucional.⁴ No presente trabalho prioriza-se a apreciação das teorias neoconstitucionalistas que mais se aproximam desta última acepção, sendo certo, contudo, que algumas incursões nas demais searas são inevitáveis dadas as óbvias raízes comuns às três vertentes.

No plano dos estudos constitucionais, os teóricos do neoconstitucionalismo vêm se debruçando sobre os sistemas erigidos nos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, momento em que se operou alteração substancial nos rumos no Direito, entrando em cena, com toda a força, a necessidade de garantir a integridade de novos direitos fundamentais e da democracia. Este movimento conta com a participação preponderante de autores europeus, notadamente espanhóis, italianos e alemães (embora não se encontre termo que se possa traduzir por *neoconstitucionalismo* na literatura

3 Figueroa, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 164-165.

4 Comanducci, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in Carbonell, Miguel. (org.) Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 82-87.

destes últimos), que buscam explicar e conceituar as mudanças acima enunciadas, verificadas na estrutura e no conteúdo das Constituições.

Sanchís identifica no neoconstitucionalismo:

(...) la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado; por tanto, un modelo histórico que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad, pero, a mi juicio, sí unos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo pero sí diferente a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico.⁵

A presença norte-americana neste debate também se faz sentir, muito embora esta se encontre adstrita, prioritariamente, às vertentes identificadas com a Teoria e a Filosofia do Direito (neoconstitucionalismo teórico e ideológico, na classificação de Comanducci, onde se pode enquadrar, por exemplo, a obra de Ronald Dworkin), pouco se manifestando acerca da Teoria Constitucional.

A centralização do debate acerca do neoconstitucionalismo metodológico no continente europeu não é de se estranhar na medida em que muitos dos traços marcantes deste novo arquétipo constitucional são importados da tradição norte-americana e sua certeza de que a Constituição deve ser compreendida como uma garantia para a sociedade. Segundo Sanchís, “La novedad (...) es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental.”⁶

O apoio em semelhante convicção abre espaço para que o papel das Constituições seja redefinido: perde destaque sua função de justificar e organizar o poder estatal e controlar as forças políticas em prol do seu reconhecimento como espaço protetivo dos interesses comuns e materializador de direitos fundamentais. Sendo certo que, em vários aspectos, semelhante forma de pensar a Constituição está longe de ser algo novo para os norte-

5 Sanchís, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p. 107.

6 Sanchís, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. in Carbonell, Miguel. (org.) Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 214.

americanos, fácil fica compreender porque estes preferem concentrar seus esforços em temas mais candentes naquele país, como as diferentes dimensões do Positivismo Jurídico na Teoria do Direito, por exemplo.

Embora se mostre, em grande parte, como um olhar para o passado, por cujo intermédio pensadores contemporâneos do Direito se esmeram em perscrutar mudanças na ordem jurídica por vezes consolidadas há algumas décadas, no seio do neoconstitucionalismo têm sido elaboradas teses imprescindíveis à compreensão da realidade ainda vivenciada em boa parte do mundo ocidental. Como sustenta Menelick de Carvalho Netto, “(...) constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição”,⁷ donde uma corrente de pensamento que se propõe a explicar uma realidade cultural, social, política e historicamente construída não é algo que deveria causar estranheza ou arrepios. E maior relevância se agrega a este estudo quando se percebe que os elementos basilares deste modelo estão plasmados na atual Constituição brasileira, que tem nos direitos fundamentais seu sustentáculo e se propõe a funcionar como fundamento para estruturar um novo modelo estatal, no qual a participação democrática seja uma realidade.

Desta feita, o conceito atribuído às Constituições contemporâneas por juristas como Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Riccardo Guastini ou Luigi Ferrajoli, merece ser esmiuçado. São teses que contribuem para se compreender o papel desempenhado pelos direitos fundamentais na vida social, propiciando maior grau de participação democrática em sociedades onde impere o respeito às diferenças e à pluralidade.

2 TRAÇOS DISTINTIVOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Embora não haja uma perfeita uniformidade entre as Constituições do mundo ocidental - o que, dadas as naturais diferenças existentes entre os

⁷ Carvalho Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001. p. 18.

povos e culturas, mais do que esperado, é algo mesmo desejável - existem algumas características que se fazem presentes, em maior ou menor grau, nos textos nascidos após a Segunda Guerra, frutos de uma diferente matriz conceitual que passa a informar a Teoria Constitucional.

O constitucionalismo que ganha corpo a partir deste momento histórico (primeiramente no continente europeu, nas décadas seguintes também em diversos países da América Latina e, no Brasil, com a Constituição de 1988) se funda em novos referenciais, adquirindo, as Constituições, um papel de relevo até então pouco conhecido. Os direitos fundamentais alcançam posição cimeira na ordem jurídica, figurando como condição para convivência na sociedade plural e participação nos espaços públicos de debate, com o que se configuram como requisitos para a própria democracia e, conseqüentemente, fonte de legitimidade para o sistema constitucional.⁸

É possível coligir alguns traços distintivos que gravam a teoria do neoconstitucionalismo de modo a permitir uma melhor compreensão do fenômeno. Antes de se passar a eles, contudo, cumpre trazer uma breve advertência: nas características a seguir apresentadas encontra-se uma tentativa de sistematizar esta vertente da Teoria Constitucional, a qual, por seu turno, como toda tese com pretensões de universalidade, não abarca as peculiaridades que podem ser identificadas nos variados sistemas jurídicos vigentes. Ademais, mesmo entre os autores que se debruçam já há tempos sobre o tema parece estar longe o consenso acerca de sua estruturação teórica, restando viva a chama do debate e, conseqüentemente, sua atualidade.⁹

2.1 Rematerialização - posituação da pauta de valores sociais fundamentais

8 Habermas, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in Era das Transições. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

9 É importante destacar que a teoria do neoconstitucionalismo não reina sozinha no cenário jurídico atual, podendo ser identificadas variadas críticas a seus pontos centrais, o que contribui para manter vivo salutar debate acerca dos rumos do constitucionalismo.

Se, em sua origem, a principal utilidade das Constituições era delimitar os campos de atuação do poder soberano, garantindo as liberdades individuais contra toda forma de arbítrio, na contemporaneidade espera-se delas muito mais. Limitar o legislador, estabelecendo os modos para produção do Direito, é apenas um dos papéis conferidos aos textos constitucionais, ao qual se somam as tarefas de regular a vida em sociedade, assegurar a integridade dos direitos fundamentais, possibilitar a participação dos indivíduos nos espaços públicos institucionais e fornecer condições para convivência harmônica entre os diversos grupos sociais que se reúnem sob um mesmo governo.¹⁰

O espectro dos direitos reconhecidos como fundamentais, por seu turno, não mais pode ser limitado aos direitos de liberdade dos cidadãos face ao Estado, sendo imperioso admitir-lhe conteúdo bastante mais amplo. Em verdade, os direitos fundamentais constituem-se como uma larga esfera de proteção para todos, seja enquanto indivíduos isoladamente considerados, seja como membros de uma coletividade plural. Mais importante: contemplam não apenas liberdades individuais e igualdade geral, mas também uma diversificada e crescente pauta de tarefas - oponíveis tanto aos Poderes Públicos quanto à própria sociedade civil.¹¹ E a implementação destes direitos afigura-se dever tanto de atores sociais quanto estatais, na busca por se combinar, no maior grau, a liberdade de autodeterminação e a possibilidade de participação no cenário político deliberativo.¹²

Este núcleo essencial da normativa constitucional não deve aparecer, por certo, como uma decisão categórica de algum grupo que porventura tente impor seus parâmetros valorativos ao restante do corpo social. Em outras palavras, a positivação dos direitos fundamentais não pode ser vista como uma maneira de delimitar ou restringir os espaços de proteção e possibilidades de participação conferidos aos homens, menos ainda como argumento para

10 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 113-114.

11 Este dado, da divisão de tarefas entre Poderes Públicos e sociedade civil, confere as feições do que Dieter Grimm denomina Estado Pactista (na tradução espanhola). Grimm, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 196.

12 Habermas. O Estado Democrático de Direito. Op. cit., p. 172-173.

excluir alguns do sistema de salvaguardas instituído.¹³ Os direitos fundamentais precisam ser compreendidos como uma *abertura de possibilidades* para que, da melhor maneira possível, possam ser os interesses sociais tutelados, permitindo-se acomodar as situações conflitantes a partir das necessidades concretas que se apresentem como produto da participação social direta por meio dos canais institucionais oferecidos.¹⁴

As normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais não cumpririam seu papel se estabelecessem padrões de conduta rígidos, com o que em muito se dificultaria a tarefa de abrir espaço para que reivindicações possam ser formuladas e divergências acomodadas. Assim, funcionam melhor quando fixam metas fluidas, consistindo uma aposta do neoconstitucionalismo a crença na força e na abertura dos *princípios jurídicos*. Isto não deve ser visto, contudo, como uma autorização para que qualquer situação juridicamente relevante seja solucionada pela aplicação direta da normativa constitucional, com desprezo ao papel do legislador ordinário.

Os direitos fundamentais constitucionais ostentam a condição de princípios supremos do ordenamento jurídico, cabendo-lhes não apenas fixar parâmetros para a relação entre indivíduos e Poderes Públicos, mas também definir espaços de inter-relacionamento para estes, influenciar nas relações intersubjetivas dos atores jurídicos, outorgar ao Estado deveres de proteção.¹⁵ Funcionam, assim, como o referencial primeiro tanto para a atividade legislativa quanto para o processo interpretativo, cumprindo a sua inerente indeterminação a tarefa de melhor acomodar as diferentes reivindicações que precisam ser tuteladas em sociedades plurais.¹⁶

13 Sanchís. El Constitucionalismo de los Derechos. Op. cit., p. 218.

14 Habermas, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in A Inclusão do Outro. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288.

15 Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. in Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 95.

16 Dentre as críticas que alguns autores fazem à teoria do neoconstitucionalismo encontra-se a possibilidade de abertura excessiva dos direitos fundamentais, que permitiria utilizá-los como justificativa para qualquer espécie de construção interpretativa. A exacerbação desta tendência transformaria a Constituição em um - na expressão de Forsthoff - ovo jurídico, espaço do qual qualquer coisa poderia ser retirada. Como se demonstra ao longo do texto, esta crítica não parece suficientemente forte para desconstituir este que é um dos alicerces do

Semelhante pauta de direitos, por seu turno, escora-se em postulados que transcendem ao Direito e assentam suas bases na ordem moral, como destaca Alfonso García Figuroa: “El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales.”¹⁷ Ao Direito se reconhece, então, uma forte carga axiológica, cumprindo aos direitos fundamentais refletir os valores sociais mais candentes, num processo de positivação de comandos antes identificados com o plano do direito natural.¹⁸

Neste sentido, o diferente perfil imprimido a tais direitos permite aproximar *constitucionalismo e democracia*, reconhecendo nestes uma relação de codependência na medida em que as pretensas limitações impostas pelo constitucionalismo às liberdades privadas se mostram, em verdade, como condição para que se forme a sociedade estatal. Ao permitirem o controle público das paixões, viabilizam a convivência na diferença, elemento essencial para qualquer sociedade que se pretenda pluralista.

E o Estado que se funda neste modelo de Constituição e de democracia se vê premido a assumir por imperativo lógico a canalização de suas forças, em todos os planos, na busca por implementar as condições mínimas capazes de conferir efetividade às promessas constitucionais. Cumpre-lhe, portanto, zelar pela realização em máximo grau destes valores, garantindo a tutela dos

neoconstitucionalismo: a crença na força dos direitos fundamentais como um momento de conciliação entre valores divergentes, típicos de sociedades plurais. Uma visão crítica ao neoconstitucionalismo pode ser encontrada em Amado, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

17 Figuroa, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 165. Importante realçar que nem todos os autores filiados a esta corrente admitem semelhante identificação entre Direito e Moral. Sanchís é um destes, parecendo-lhe claro que o atual constitucionalismo “(...) no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral (...)”, pelo que se sustentaria a tese positivista da separação entre estes dois âmbitos. Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 134.

18 Ariza, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 244. Em Habermas se encontra a ideia de que os direitos fundamentais positivados nas Constituições representam o atendimento às necessidades que as sociedades consensualmente reconhecem como carentes de satisfação, nelas identificando verdadeiros problemas que afetam a moral pública. Habermas. O Estado Democrático de Direito. Op. cit., p. 170-171.

interesses sociais e a participação dos indivíduos na vida política, permitindo-lhes construir, pelo uso racional e público da razão, suas pautas de reivindicações.

Firmam-se, desta forma, a preservação do ser humano e a construção de uma sociedade democrática plural como os principais escopos da atuação estatal - dos quais derivariam os demais, como a proteção da integridade territorial ou dos indicadores econômicos - e norte dos Poderes instituídos. Neste diapasão é o comentário de Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.¹⁹

Afinal, como incisivamente afirma Erhard Denninger, o Estado Constitucional não é um *presente que cai do céu*, sendo imperativo o empenho dos cidadãos para que este seja construído e se torne uma realidade. Às Constituições cabe tão somente oferecer as condições prévias para que semelhante atividade seja desenvolvida.²⁰

Assim é que nas Constituições passa a residir o fundamento a partir do qual se pode sustentar uma série de reivindicações populares, fornecendo, seu texto, as bases procedimentais para que estas possam ser concretizadas pelas vias institucionais de participação democrática postas à disposição da sociedade.

2.2 Reconhecimento do caráter de norma suprema à Constituição, não por convenção formal, mas em função do conteúdo material e da carga valorativa que carrega

No instante em que se reconhece nas Constituições o espaço para materializar a tábua axiológica fundamental, o próprio alicerce sobre o qual se

19 Hesse, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

20 Denninger, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 10.

assenta a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico é alterado. Se, consoante a concepção formalista prevalente na doutrina do Positivismo, especialmente de matiz kelseniana, a Constituição se situa no topo da ordem legislativa por força de convenção formal,²¹ para a teoria do neoconstitucionalismo sua posição cimeira é devida à *força normativa* de seus comandos.

O conteúdo material das normas constitucionais adquire máximo relevo, situando-se no Texto Maior a disciplina de numerosos aspectos substantivos, sendo mesmo difícil identificar alguma questão jurídica medianamente complexa que não se encontre contemplada pela normativa constitucional.²² Isso é reflexo do que Guastini denomina *Constituições largas*, entendida a expressão no sentido de que, ao lado das tradicionais normas concernentes a organização estatal e limites ao poder político, passam a encontrar assento verdadeiras declarações de direitos voltadas a regular o trato entre os entes públicos e os diversos grupos sociais (agora compreendida, sob uma perspectiva democrática, como uma relação participativa e não simplesmente antagônica).²³

A amplitude do rol de direitos fundamentais positivados faz com que poucos espaços restem alheios à autoridade de tais normas, que influenciam não apenas no processo legislativo ordinário, mas também na interpretação e aplicação de todo o sistema jurídico positivo. Neste momento, abre-se espaço para repensar o posicionamento tradicionalmente reconhecido às leis, na

21 Veja-se, a propósito, passagem da obra de Kelsen na qual o autor explica a estrutura escalonada da ordem jurídica, destacando que a hierarquia normativa reside nos mecanismos de produção legislativa: “A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é norma inferior. (...) A sua unidade [do ordenamento jurídico] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta.” Ao que acrescenta que a Constituição, neste aspecto, é entendida “(...) em sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.” Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

22 Sanchís. *Justicia Constitucional...* Op. cit., p. 116.

23 Guastini, Riccardo. *La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 157.

medida em que estas passam a extrair sua validade da compatibilidade material com a Constituição, diploma normativo substancialmente cimeiro onde residem “(...) los principios fundamentales que deben regir la comunidad”.²⁴ A ideia de hierarquia formal que orientava o ordenamento positivo cede espaço a uma interligação axiológica, funcionando a pauta de direitos fundamentais como pilar central do sistema, de cuja necessidade de preservação se extrai o fundamento último de validade para todas as demais normas.²⁵

Este movimento é analisado por Ferrajoli, que identifica alguns desdobramentos cruciais à sua expressão, dentre os quais dois merecem ser aqui destacados. Primeiramente, a *validade do direito infraconstitucional deixa de depender apenas de sua estrutura formal de produção*, entrando neste lugar a coerência de seu conteúdo com o plano normativo constitucional. Em segundo lugar, afirma-se a *subordinação das leis a princípios constitucionais* (que, na acepção do autor, correspondem aos direitos fundamentais do homem positivados nas Constituições), a introduzir uma dimensão substancial não apenas no que pertine às suas condições de validade, mas também na natureza do sistema democrático, posto que aqueles representam um limite para a amplitude da atividade legislativa.²⁶

Adquirindo os valores sociais caráter positivo, configurados como direitos fundamentais, qualquer discussão acerca de sua validade abandona uma dimensão etérea e se converte em um problema interpretativo, cuja solução reside em definir os conteúdos possíveis aos textos nos quais se assentam, sempre na tentativa de que as normas construídas efetivamente

24 Ariza. La Ciencia Jurídica... Op. cit., p. 240.

25 Em posição oposta a estas ideias colocam-se teses de matiz positivista que defendem a restrição das possibilidades interpretativas conferidas especialmente aos julgadores, valorizando-se conseqüentemente, as opções legislativas. Esta corrente tende a se robustecer em países onde o Judiciário adota postura mais fortemente ativista, imiscuindo-se em assuntos eminentemente políticos, como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha. Também esta oposição que se faz ao neoconstitucionalismo não merece prosperar, na medida em que o aumento da força política das Cortes, embora seja defendida por esta teoria, só leva ao exagero se os mecanismos de controle social não funcionarem, se os demais poderes estatais não possuírem suficiente autoridade para se colocar em uma posição de equilíbrio com o Judiciário. O problema, portanto, não parece residir nos alicerces teóricos, mas nos desvios da prática. Veja-se, sobre a crítica, Amado. Derechos y Pretextos. Op. cit., p. 242-243.

26 Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. in Carbonell, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18-19.

possam atender aos interesses de seus destinatários. Tem-se como certo, então, que a Constituição não é apenas uma norma, mas a *norma jurídica substancialmente suprema*, na qual reside o fundamento de validade de todos os demais componentes da ordem jurídica, que nela encontram um parâmetro basilar de interpretação.²⁷

Essas transformações somente se mostram viáveis, contudo, graças a um aspecto de enorme relevância: o reconhecimento de força jurídica e plena efetividade às normas constitucionais, acabando de vez com o processo de esvaziamento promovido a partir da ideia de programaticidade das normas constitucionais. Donde se pode sustentar a certeza de que “(...) toda norma constitucional - independentemente de su estructura o de su contenido normativo - es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.”²⁸ As previsões constitucionais, portanto, não criam para os cidadãos expectativas ilusórias, mas direitos concretos e diretamente exigíveis.²⁹

2.3 Aplicação direta da Constituição, em razão desta não mais se limitar a traçar diretivas gerais, voltadas apenas aos Poderes Públicos; extensão de obrigações a particulares

A leitura que Sanchís faz da teoria do neoconstitucionalismo realça a diferente conformação normativa das atuais Constituições, comparativamente aos diplomas elaborados no primeiro século e meio da era constitucional. O professor espanhol observa que os textos contemporâneos se encontram repletos de normas que ditam condutas, permitidas ou vedadas, tanto aos Poderes Públicos quanto aos particulares, não se limitando a disciplinar a organização estatal ou as relações entre este e os particulares, mas também das pessoas entre si.³⁰

27 Alexy, Robert. Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-35. Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

28 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 158.

29 Denninger. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Op. cit., p. 15.

30 Também aborda o tema, sob a mesma perspectiva, o texto de Guastini, Riccardo. Sobre el Concepto de Constitución. in Carbonell, Miguel. (org.) Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 23.

Embora estes dispositivos venham recebendo denominações distintas - princípios, diretrizes, valores - é firme o reconhecimento de sua força normativa, assim como a certeza de que, quer por construção lógica, quer por disposição constitucional expressa, podem ser aplicados diretamente às situações cotidianas, não dependendo da intermediação do legislador ordinário.³¹ Os direitos estabelecidos por semelhantes normas revestem-se de natureza fundamental, destinando-se a preservar os interesses humanos mais sensíveis, e, além de constituírem um sistema de valores, impõem parâmetros para a vida estatal e social, orientando toda conduta humana no interior da comunidade jurídica.³² Isto posto, afirma Eduardo García de Enterría, a pauta de direitos fundamentais assume, no constitucionalismo do pós Segunda Guerra, “(...) un valor normativo y vinculante directo que (...) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (...)”.³³

Desde o instante em que semelhante conteúdo foi agregado ao texto constitucional, estavam lançadas as bases para que este deixasse de ser vislumbrado tão somente na dimensão de um ato instituidor do poder estatal, passando a ostentar o status de *norma geral reguladora das relações sociais*. Sua penetração na esfera das relações privadas deu-se, então, como uma consequência natural desta realidade, permitindo-se admitir que, na contemporaneidade, as Constituições recebam, ao lado de suas tarefas clássicas de limitar o poder político e garantir as liberdades individuais, o dever de moldar as relações sociais, fornecendo as condições de possibilidade para

31 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 111. Há que se destacar, contudo, a resistência que a aplicação direta de direitos fundamentais - especialmente aqueles de natureza social, que demandam do Estado obrigatoriamente a realização de prestações - ainda enfrenta, como se encontra em texto de Christian Starck, para quem direitos sociais e o princípio do Estado Social não geram qualquer direito fundamental do qual se possam extrair pretensões concretas para os particulares. Starck, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 72.

32 Böckenförde. Sobre la situación... Op. cit., p. 107. Smend, Rudolf. La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. in *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 5-6.

33 Enterría, Eduardo García de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 67. Semelhante posicionamento se encontra em Canaris, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 36-37.

que sejam implementados direitos e atendidas reivindicações dos mais variados grupos humanos.³⁴

Concretizar estas ideias, contudo, depende de que se aceite possuírem as Constituições a capacidade de efetivamente estabelecer condutas, afastando-se de vez o conteúdo inócuo de programaticidade por largo tempo a elas conferido.³⁵ Um dos marcos deste movimento é o comentado caso Lüth, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no ano de 1958, correntemente identificado como a primeira e mais expressiva manifestação da aplicação direta do texto constitucional a particulares, em suas relações interpessoais (ou a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).³⁶

Neste precedente, reconheceu-se a possibilidade de um direito fundamental firmado em dispositivo constitucional (direito à liberdade de manifestação de pensamentos e ideias) ser aplicado diretamente a uma situação concreta, afastando-se, conseqüentemente, regra legal que, no caso, a ele se opunha. Para tanto, foi necessário que o *Bundesverfassungsgericht* admitisse a possibilidade de realizar uma hermenêutica pautada no reconhecimento da Constituição como uma *ordem de valores*, primeiro, dotada de *força normativa* incontestável; segundo, passível de ser *aplicada diretamente* não apenas às relações entre cidadãos e Estado, mas também daqueles entre si; e terceiro, capaz de irradiar por todo o ordenamento infraconstitucional, passando a orientar a compreensão e aplicação destas

34 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 160.

35 Smend. La libertad de expresión... Op. cit., p. 5. Miranda, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 76.

36 Alexy, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. in Carbonell, Miguel. (org.) Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 34. Sobre o tema, veja-se, também a explanação de Böckenförde. Sobre la situación... Op. cit., p. 106-109. Merece destaque a manifestação deste mesmo Tribunal dois anos antes, em 1956, quando, ao decidir pela inconstitucionalidade de partidos políticos de orientação nazista, sustentou o risco que estes opunham a valores fundamentais de liberdade e democracia. Embora não conte com a mesma riqueza de argumentos ou tenha alcançado prestígio semelhante ao da decisão no caso Lüth, é apontado por alguns autores como o precedente que abre caminho para a aplicação direta da Constituição. Cruz, Luis M. La Constitución como Orden de Valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005. p. 10.

normas, as quais, por seu turno, extraem seu fundamento de validade da compatibilidade material que tenham face ao rol de direitos fundamentais.³⁷

Sobre este último ponto, rapidamente o Tribunal germânico firmou a premissa de que as leis devem concordar estritamente com os princípios constitucionais fundamentais, sua base primeira de legitimidade, não se admitindo que venham a tolher a plena expressão de valores como a liberdade espiritual, a democracia ou o Estado de Direito, no que reconheceu a *natureza objetiva* dos direitos fundamentais. Por força desta característica a eles agregada, permite-se sustentar que, além de servirem como parâmetro interpretativo para todos os comandos infraconstitucionais, também constituem obrigações positivas a serem observadas por todos os seus destinatários.³⁸

O gradual reconhecimento destes dados, na reiteração da jurisprudência da Corte germânica, na sua incorporação por outros Tribunais e na chancela recebida pela doutrina constitucional, tem aberto caminho para que se possa propugnar o *valor normativo imediato e direto* das Constituições (especialmente de seu rol de direitos fundamentais), figurando como parte primordial e fundamental do ordenamento jurídico. Assim é que a vinculatividade normativa da Constituição afeta igualmente a todos os cidadãos e aos Poderes Públicos, emanando de seu texto obrigações de cumprimento imediato.³⁹

Neste sentido, é possível perceber no Estado Constitucional um aperfeiçoamento do Estado de Direito, no qual abre-se espaço para a completa submissão do poder à ordem jurídica constitucional, incluindo-se o Legislativo e, conseqüentemente, todos os frutos de sua atuação.⁴⁰ A que se pode acrescentar a noção de Zagrebelsky, para quem:

37 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 161. Smend, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 51-52. Embora a decisão do caso Lüth não faça menção expressa ao nome de Rudolf Smend, não há dúvidas quanto à decisiva influência de seu pensamento na construção deste precedente, naquela ocasião definitivamente resgatado.

38 Canaris. Derechos Fundamentales... Op. cit., p. 42. Cruz. La Constitución como Orden de Valores. Op. cit., p. 13-15.

39 Alexy. Tres Escritos... Op. cit., p. 37. Enterría. La Constitución como Norma... Op. cit., p. 69-70.

40 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 113.

La ley, por la primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación (...) se ha presentado como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa.⁴¹

Aceitar a possibilidade da aplicação direta dos comandos constitucionais abre espaço para que não mais se dependa exclusivamente da atividade legislativa para colocar em prática a Constituição, o que permite aos atores do cenário jurídico alcançá-la diretamente. Afinal, como destaca Sanchís, esta disciplina numerosos aspectos substantivos atinentes à vida social, sendo mesmo “(...) difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”⁴²

Logo, no papel de norma suprema que a quase tudo regula, é plausível sustentar que a incidência de seus comandos frequentemente pode dispensar a interposição de outros atos normativos, tendentes a permitir sua plena expressão. Daí que, na medida em que preceitos constitucionais se mostrem relevantes em um caso qualquer, sua aplicação resulta obrigatória.⁴³

2.4 Vinculação de todos os atores sociais e políticos à normativa constitucional; definitiva subordinação do Parlamento e consequente exaltação da jurisdição constitucional

Diante do quadro até aqui traçado, é possível sustentar a compreensão de que o neoconstitucionalismo, em certa medida, representa uma aproximação do paradigma europeu ao norte-americano, que enxerga na Constituição elemento limitador dos poderes instituídos, inclusive o Legislativo, e espaço de garantia para os cidadãos. Por outro lado, afasta-se deste referencial (resgatando traço distintivo do constitucionalismo europeu decimonônico) quando não admite que as Constituições se limitem a ditar as regras do jogo, deixando em aberto amplas possibilidades para conformação

41 Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 34.

42 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 114.

43 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

do cenário social.⁴⁴ Tem-se, assim, uma definitiva combinação entre os modelos constitucionais clássicos, reunindo-se elementos marcantes destas duas matrizes que, recorde-se, brotaram das mesmas sementes.

Em verdade, na imagem formada pelo neoconstitucionalismo, as Constituições aparecem como elementos estruturantes, que adquirem uma amplitude desconhecida até meados do Século XX e assumem a tarefa de coordenar os espaços públicos e privados. Nelas vai ser encontrado o delineamento das funções estatais típicas; de novas obrigações outorgadas aos Poderes Públicos; de direitos e liberdades individuais e coletivos, bem como a forma e limites para seu exercício, de modo a garantir o convívio na diferença; de procedimentos institucionalizados para participação social no cenário político; dos mecanismos de controle do poder e defesa da Constituição, gerando um *estado de subordinação geral*, em que muito pouco resta imune à sua influência.

A combinação destes elementos confere às Constituições uma virtualidade inovadora. Para Sanchís:

(...) la Constitución ya no sólo le dice al legislador muchas 'más cosas', sino que todas esas cosas pretende decírselas indistintamente a todos los operadores jurídicos y no únicamente al legislador, de manera que la rígida organización jerárquica entre los distintos órganos estatales no desaparece, pero se ve muy atenuada desde el momento en que cada uno de ellos quiere mantener 'línea directa' con la Constitución.⁴⁵

Mais ainda: a Constituição não é compreendida como um *catecismo político* ou um *guia moral* dirigido a um legislador virtuoso ou a homens repletos de boas intenções, mas uma norma jurídica à qual se agrega a pretensão de que a realidade a ela se conforme,⁴⁶ figurando, na concepção de Zagrebelsky, como centro para o qual tudo deve convergir.⁴⁷ Isso cria um cenário de completa sujeição do poder político aos ditames constitucionais - o que, no

44 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 112.

45 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 114.

46 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

47 Zagrebelsky. Op. cit., p. 14.

continente europeu, afeta especialmente o Legislativo, não mais se lhe reconhecendo a onipotência e a autonomia típicas da tradição europeia.⁴⁸

Surge, assim, o que Sanchís identifica como *onipotência judicial*, situação na qual a Constituição assume, definitivamente, o patamar de fonte máxima de validade para normas jurídicas e políticas públicas. Isso se dá na direta medida em que seu complexo normativo oferece orientações nas mais diferentes esferas, as quais se encontram logicamente sujeitas ao crivo jurídico. Por conseguinte, também a atividade legislativa perde autonomia, visto que a Constituição não é uma norma suprema apenas sob o ponto de vista formal (destinada tão somente a estabelecer o procedimento de elaboração legislativa), mas porque capaz de se projetar sobre o conjunto dos operadores jurídicos, ditando-lhes as condutas com o objetivo de assegurar que o plano valorativo nela traçado seja atendido.⁴⁹ Como realça Sastre Ariza, o Parlamento não chega a se converter em mero executor da Constituição, mas se encontra seriamente limitado por seu conteúdo.⁵⁰

Neste quadro, com frequência se afirma apresentarem-se as Constituições como remédio contramajoritário, característica que colocaria em risco a capacidade de autodeterminação das sucessivas gerações e, conseqüentemente, a proteção ao princípio democrático.⁵¹ Aqui se recorre à

48 Zagrebelsky. Op. cit., p. 34.

49 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 120-121. Também este aspecto é alvo de críticas que, mais uma vez, enxergam na ideia de absoluta subordinação dos agentes políticos à Constituição, na verdade, uma sujeição destes ao Judiciário e às Cortes Constitucionais, o que acarretaria em franco desequilíbrio entre os poderes estatais e no protagonismo dos órgãos competentes para exercício da jurisdição constitucional. Mais ainda: a completa juridicização do espaço público tenderia a restringir excessivamente os campos de escolhas políticas. Há que se considerar, contudo, que o crescimento das Constituições é antes um fenômeno político que jurídico. Em verdade, a teoria neoconstitucionalista, como destacado anteriormente, tende a olhar e explicar o passado. Em outras palavras, não foi o neoconstitucionalismo (em termos conceituais) que deu ensejo a um modelo constitucional que se orienta pela expansão do sistema de direitos fundamentais, a submeter e restringir o campo de escolhas políticas. Fora que a positivação de valores morais sociais, conferindo-lhes a natureza de direitos fundamentais, é por si só uma escolha política de uma geração que, como tem sido em toda história do constitucionalismo, tende a limitar as opções das gerações futuras. Amado. Derechos y Pretextos. p. 256-258.

50 Ariza. La Ciencia Jurídica... Op. cit., p. 242.

51 Sobre o tema, vejam-se os debates travados por ocasião do 10º aniversário do Tribunal Constitucional português. Starck. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. Op. cit. Andrade, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

noção de democracia em Habermas, autor que sustenta não representar esta contenção das vontades individuais um risco para a democracia, mas uma necessidade, na medida em que esta só existe onde estejam presentes condições para o convívio social. Assim é que, se eventualmente o controle do uso público da razão implicar em restrições à atividade legislativa, isto não constitui um problema na medida em que afasta a crença na capacidade dos representantes construírem uma vontade coletiva.⁵²

O constitucionalismo atual, escudado pela teoria deliberativa da democracia, chancela o alargamento do papel reconhecido à Justiça Constitucional, permitindo que se enxergue nesta uma instância procedimental por cujo intermédio manifestações sociais podem ser validamente formuladas.⁵³ Na discussão sobre a necessidade de conciliar conservação e evolução da ordem jurídica, respeito às vontades dos grupos majoritários e proteção aos minoritários, a jurisdição constitucional pode desempenhar relevante papel, contribuindo decisivamente para delimitar estes espaços, garantindo a participação da comunidade neste processo.

Esta discussão se faz presente e adquire especial relevância diante da realidade hoje vivenciada, na qual os mecanismos jurisdicionais de proteção ao texto constitucional se veem extremamente valorizados. E este é um fato que não deve causar estranheza, afinal, restaria vazio de sentido proclamar a supremacia e a intangibilidade das Constituições se a elas não fossem agregadas salvaguardas eficazes, capazes de efetivamente permitir o expurgo de quaisquer medidas que, de alguma forma, viessem a manietar sua força.⁵⁴

Ainda causa algum espanto, contudo, o alargado papel que vem sendo desempenhado por semelhantes instâncias, que há tempos já não mais se limitam à ideia de um guardião constitucional inerte. Afinal, reconhecendo-se

Moreira, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Na literatura norte-americana, trata do assunto, entre outros: Tushnet, Mark. *Democracy versus Judicial Review*. Dissent Magazine. Spring, 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2012.

52 Habermas. Três modelos normativos de democracia. Op. cit., p. 278-279.

53 Habermas. Três modelos normativos de democracia. Op. cit., p. 288.

54 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 156.

natureza normativa ao núcleo essencial da Constituição, aquele de onde emana a fonte de validade de todas as demais normas infraconstitucionais, abre-se largo espaço para a completa juridicização do debate acerca da compatibilidade entre diferentes planos normativos. Isto porque, diversamente da compreensão vigente sob a ótica de um Positivismo kelseniano (segundo o qual só há submissão da lei à Constituição sob o ponto de vista formal), o controle de validade dos atos normativos não se limita à sujeição do juiz à lei. Em verdade, tal atividade se coloca, nos dias atuais, muito mais como um processo de análise crítica do significado dos enunciados normativos, de forma a permitir não apenas o controle de sua legitimidade constitucional, mas, acima de tudo, sua adequação às cambiantes expectativas sociais.⁵⁵

Desta feita, enquanto sob o paradigma forjado por Hans Kelsen o controle de constitucionalidade equivaleria a um teste quanto à compatibilidade formal das leis à Constituição, o mais possível isento de um juízo de adequação daquelas ao modelo social por esta última delineado, no modelo neoconstitucionalista espera-se que compreenda uma análise de conteúdo, em um processo interpretativo construtivo. Com isto, a pauta de valores fundamentais positivada constitucionalmente pode se colocar como efetivo fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, na medida em que a atividade de concretização dos direitos seja feita de forma a melhor atender às necessidades reais das gerações presentes.⁵⁶ E mais ainda: devendo todo sistema jurídico infraconstitucional se ajustar ao conteúdo normativo constitucional, “(...) la Constitución se convierte en un *príus* lógico por el que ha de pasar todo contenido normativo, una especie de prerequisite interpretativo para toda norma infraconstitucional.”⁵⁷

A conjugação dos elementos até aqui descritos (positivação de valores; supremacia constitucional; aplicação direta; vinculação; normatividade) conduz

55 Alexy. Tres Escritos... Op. cit., p. 47-48. Sanchís, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 33.

56 Sanchís. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Op. cit., p. 94-95.

57 Callejon, Maria Luisa Balaguer. La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria. Madrid: Civitas, 1990. p. 59.

à certeza de que o panorama hoje delineado para o constitucionalismo perpassa pela juridicização de toda esfera social e política, o que provoca o deslocamento do eixo de poder para o Judiciário e para a jurisdição constitucional. Afinal, em último plano, sempre caberá a este perscrutar os critérios materiais de validade das leis, testando sua compatibilidade com a pauta valorativa constitucional e, mediante um processo interpretativo, construir as normas mais adequadas aos problemas concretos que se colocam.

CONCLUSÃO

Embora não seja uma teoria realmente nova, ainda se mostra relevante e necessário discutir o neoconstitucionalismo na busca por compreender adequadamente suas bases conceituais e seus objetivos.

Especialmente em países como o Brasil, onde as promessas deste novo constitucionalismo ainda restam distantes de serem concretizadas em sua plenitude, é fundamental debater e disseminar semelhantes noções, de modo a respaldar estudos voltados a repensar práticas estatais e, assim, perseguir uma maior eficácia na busca por efetivar direitos. Aqui estão colacionadas as referências teóricas capazes de respaldar as análises críticas tão necessárias acerca das práticas estatais, especialmente no que tange à concepção de políticas públicas voltadas a permitir às pessoas usufruir, efetivamente, os direitos prometidos pela Constituição.

É certo que a teoria constitucional, sozinha, não muda realidades. Em verdade, seu papel é fornecer subsídios racionais para que esta tarefa possa ser cumprida e a teoria do neoconstitucionalismo mostra-se adequada neste sentido. Afinal, com a valorização dos direitos fundamentais fornece um referencial objetivo para nortear as ações estatais; o reconhecimento da força normativa das Constituições lhes confere uma potência nova, facilitando sua interpenetração nos mais variados campos da vida social; a eficácia direta e horizontal de seus comandos torna sua presença no dia a dia das pessoas uma realidade, permitindo à sociedade desenvolver uma noção de pertencimento,

de que a Constituição é algo que faz parte da vida: aplicar normas constitucionais a situações cotidianas torna-se algo cada vez mais usual.

O desafio de hoje não parece mais ser o de compreender conceitualmente o constitucionalismo, as Constituições ou os direitos fundamentais, mas fazer com que toda essa massa crítica se transforme em benefícios sociais concretos. Daí que estudos como este funcionam como pontos de partida, jamais de chegada. O horizonte conceitual deve orientar os pesquisadores na busca por identificar as barreiras que impedem o acontecer das promessas constitucionais, habilitando-os a propor soluções capazes de transformá-las em realidade. Aí sim o ciclo estará completo e o Direito terá cumprido seu papel.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático**. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. **Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo**. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria**. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ARIZA, Santiago Sastre. **La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo**. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental**. in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria**. Madrid: Civitas, 1990.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.** *Revista Fórum Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores. Problemas jurídicos y políticos.** Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

DENNINGER, Erhard. **Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo?** in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale.* Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.** 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho.** in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo.** in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Estudios de Teoría Constitucional.** Trad. José María Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Sobre el Concepto de Constitución.** in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.* Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.** Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?** in *Era das Transições.* Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia.** in *A Inclusão do Outro.* Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. reimpressão.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional.* in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.** *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional.* Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. **El Constitucionalismo de los Derechos.** in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.* Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

SMEND, Rudolf. **La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra.** in *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SMEND, Rudolf. **El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.** in *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

STARCK, Christian. **La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité.** in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TUSHNET, Mark. **Democracy versus Judicial Review.** *Dissent Magazine.* Spring, 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

A CONTRIBUIÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM MODELO POLÍTICO- INSTITUCIONAL DE BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Alex Alves Lessa⁵⁸
Victor Aguiar Jardim de Amorim⁵⁹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo central precisar a contribuição do “Estado de Bem-Estar Social” para a estruturação de um modelo político-institucional de busca pela efetividade dos direitos sociais.

Para tanto, imprescindível será delimitar as etapas evolutivas do papel do Estado perante a sociedade a partir da crise do modelo liberal ocorrida no início do século XX, adotando-se como conceitos distintos o “Estado Social” e o “Estado do Bem-Estar Social”.

É necessário, ainda, tecer um breve estudo a respeito da conformação e características de cada uma dessas etapas evolutivas - em especial o que se convencionou denominar “Estado de Bem-Estar Social” - para viabilizar a análise quanto à efetividade dos direitos sociais no contexto de tal modelo político.

Nesse intento, serão apresentados os conceitos básicos e os pressupostos teóricos a respeito do paradigma do neoconstitucionalismo a respeito da efetividade e fundamentalidade dos direitos sociais.

58 Aluno especial do Programa de Mestrado em Constituição e Cidadania do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

59 Aluno do Programa de Mestrado em Constituição e Cidadania do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Analista Legislativo do Senado Federal. Advogado.

1 CRISE DO ESTADO LIBERAL E DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

A teoria dos direitos fundamentais foi elaborada paralelamente aos modelos de Estado observados na era moderna. À medida em que o conceito de Estado foi redefinido, os valores essenciais vigentes na sociedade foram gradativamente incorporados nas Constituições, passando-se do “Estado Liberal”⁶⁰ ao “Estado Social” e, posteriormente, com uma redefinição ético-jurídica no plano internacional motivada pela proposta central de proteção de direitos humanos, até o “Estado Democrático de Direito” ou “Estado Democrático e Social de Direito”, como preferem alguns juristas⁶¹.

O Estado Liberal surgiu como reação ao Estado absolutista, por isso marcado pela concepção individualista, com nítida separação entre Estado e sociedade. Na doutrina do liberalismo, o Estado é visto como maior inimigo da liberdade, pois foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo⁶². Em função disso, os direitos fundamentais estão amparados nos valores mais essenciais da época, decorrentes do pensamento burguês. Simbolizados pela tríade vida, propriedade e liberdade constituíam o centro de gravitação de todo ordenamento jurídico, de cunho formalista. O destinatário é o Estado e sua

60 Como marco teórico a respeito da formação histórica, caracterização e definição dos elementos essenciais do “Estado Liberal”, serão adotadas no presente trabalho as premissas definidas em BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39-78.

61 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 335.

62 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41-44. Surge a primeira noção de Estado de Direito, armadura de defesa e proteção da liberdade, caracterizado com seu formalismo supremo. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático, com o governo de uma classe para o governo de classes, muito embora na França (revolução francesa), só se tenha alcançado o princípio democrático do sufrágio universal somente em 1948. De todo modo, a representação e a soberania popular significaram o rompimento visceral com a ideologia do passado, decaída com a autoridade do antigo regime. O indivíduo é titular de direitos natos, exigindo-se uma abstenção estatal, pois a partir da teoria jusnaturalista, o Estado possui limites indispensáveis à tutela do indivíduo. Com efeito, “o Estado gendarme de Kant, o Estado guarda-noturno, que Lasalle tanto ridicularizava, demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo da natureza estatal” (BONAVIDES, ob. cit., p. 40).

atuação dever-se-ia limitar à manutenção da ordem e a proteção das liberdades individuais, segundo um princípio de não intervenção⁶³.

A revolução industrial modifica estruturalmente a economia do Estado Liberal. As consequências do pós-revolução industrial foram: exploração dos trabalhadores, o crescente aguçamento da pobreza e a inevitável exclusão social, que vão gerar problemas sociais críticos⁶⁴. Surge a necessidade de transformação, porquanto, até então, o Estado não intervinha nem mesmo para regularizar o exercício da autonomia privada⁶⁵. A classe burguesa dominante se viu forçada a fazer concessões no plano da legislação social, em razão do receito das teorias que embasavam uma revolução socialista^{66 67}.

Em uma visão crítica, a história dos fatos demonstrou que a velha tese liberal de que a economia e a sociedade, confiadas à *mão invisível* (às leis naturais do mercado), proporcionam a todos os indivíduos, em mesmas condições de liberdade, as melhores condições de vida, tese esta que justificaria a separação entre o Estado e sociedade, falhou em razão de vários fatores: progresso técnico, aumento da dimensão das empresas, concentração do capital, fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e no plano político), agravamento da luta de classes e, ainda, o aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo⁶⁸.

64 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais. Releitura da uma Constituição Dirigente. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010, p. 46-47.

65 Idem, Ibidem.

66 NUNES, António José Avelãs. O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org.). Constituição e o Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 50: “A burguesia, porém, aprendeu as lições da história, o que facilitou a adoção de soluções de compromisso que implicaram a integração, na nova ordem jurídica do capitalismo, de princípios contrários aos “dogmas” da ordem liberal. O qualificativo social, que tempos antes carregava algo de subversivo, assume agora, aos olhos da burguesia, um ar protector e tranquilizador”.

67 BONAVIDES, ob. cit., p. 177: “A legislação social não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos e perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve, aliás de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso”.

68 NUNES, ob. cit., p. 50-61.

Com efeito, a ineficiência do Estado Liberal na proteção de direitos fundamentais proporcionou o surgimento do Estado Social, como salienta Cristina M.M. Queiroz:

É assim que, segundo o modelo individualista pressuposto, a Sociedade deveria “auto-governar-se”, cabendo à Constituição garantir (juridicamente) a realização da autonomia societária e das suas iniciativas individuais. O facto de essa distinção entre o “Estado” e a “Sociedade”, pressuposta pelo modelo constitucional moderno, ter sido posta em causa depois do aparecimento do Estado social, teve por consequência a “perda de efetividade” da constituição “liberal”.⁶⁹

Este modelo de Estado Social tem formação resultante dos processos intervencionistas dos poderes públicos no modelo originário do Estado Liberal, por meio do qual o Estado assume a “procura existencial”, incrementando atividade protetora à sociedade. “O Estado não é mais um Estado abstencionista, mas um Estado 'protector' e 'distribuidor' de bens e serviços”.⁷⁰

Paralelamente, o modelo capitalista assumiu novas funções, de modo que, no plano da economia e no plano social, a mão visível do direito substituiu a mão invisível do mercado. Além disso, no Estado Social surge a missão de realizar a “justiça social”, com o fim de proporcionar a todos uma vida digna⁷¹.

Adiante, com profunda crise do capitalismo simbolizado pelo crash da bolsa de Nova York, em 1929, em plena sociedade do consumo, de produção e de consumo em massa, surge o conceito de welfare state, como uma evolução do “Estado Social”. As ideias de Keynes⁷² representaram uma equação consistente na tentativa de conciliar o progresso social e sua eficácia

69 QUEIROZ, ob. cit., p. 179.

70 QUEIROZ, ob. cit., p. 199-200.

71 NUNES, ob. cit., p. 50.

72 GONÇALVES, ob. cit., p. 56: “Keynes, portanto, ao denunciar os antagonismos do sistema capitalista e a perversa exclusão levada a efeito pelos mecanismos do mercado os moldes defendidos pelo liberalismo, refutou a naturalização da miséria, defendendo, desse modo, a intervenção do Estado na economia e nas políticas de corte social. Ao se opor aos postulados financeiros concernentes ao equilíbrio orçamentário do laissez-faire, Keynes (1984) negou a existência de uma liberdade natural regendo as atividades econômicas e, por isso mesmo, deu nítidas feições aos papéis do Estado, enquanto propulsor do pleno emprego, via investimentos públicos, que também deveriam enfrentar as próprias crises cíclicas imanentes ao capitalismo”.

econômica, como uma necessidade decorrente das estruturas econômicas e sociais do capitalismo contemporâneo. Neste contexto, surge o “Estado Providência”, consistente na intervenção sistemática do aparelho estatal na economia, na redistribuição de riqueza e do rendimento, na regulamentação das relações sociais, no reconhecimento de direitos econômicos e sociais aos trabalhadores, na implantação de sistemas públicos de segurança social, em nome do princípio da responsabilidade social coletiva^{73 74 75}.

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), diante da experiência totalitarista vivida na Europa e com o desenvolvimento das bases teóricas do movimento denominado “neoconstitucionalismo”^{76 77 78}, surgem, no âmbito das

73 NUNES, ob. cit., p. 57.

74 NUNES, ob. cit., p. 53-54. Nos EUA, o New Deal teve por objetivo evitar o colapso da ordem capitalista, com medidas de interventivas como: regulação da atividade bancária e mercado financeiro, concessão de subsídios a desempregados, idosos e pensões a veteranos de guerra, apoio a agricultores, além de desvalorização do dólar, baixa dos juros, recuperação de empresas, instituição do salário mínimo, reconhecimento da liberdade sindical e elaboração de estratégias de combate ao desemprego.

75 GONÇALVES, ob. cit., p. 55-63: “O welfare state, por conseguinte, significou, sobretudo em países europeus que experimentaram padrões de políticas públicas mais universais, um novo arranjo econômico-político nas estruturas jurídicas dos Estados; apresentou-se, assim, diante dos efeitos recessivos das duas Guerras Mundiais, como uma “resposta intermediária” entre a política do Kremlin e os ideais do liberalismo, intervindo na ordem social, sem, contudo, deslocar ou ultrapassar o perfil constitucional do Estado Democrático de Direito”.

76 Cabe destacar, com Daniel Sarmento, que “a palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália”, mas que influenciou bastante a doutrina brasileira. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 32-33.

77 Para compreensão do paradigma e a polissemia do conceito “neoconstitucionalismo”, vide: SANTIAGO, Marcus Firmino. Neoconstitucionalismo: Efetividade dos direitos fundamentais e atividade jurisdicional. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais. (Inédito): “Neoconstitucionalismo é palavra utilizada por vários autores para designar todo um sistema de pensamento jurídico que se espalha pela Teoria Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia Jurídica, sempre a partir de uma raiz comum: um novo paradigma constitucional, impregnado de elementos valorativos, que impõe a reaproximação entre Direito e Moral. (...) O apoio em semelhante convicção abre espaço para que o papel das Constituições seja redefinido: perde destaque sua função de justificar e organizar o poder estatal e controlar as forças políticas em prol do seu reconhecimento como espaço protetivo dos interesses comuns e materializador de direitos fundamentais”.

78 Consoante Ana Paula de Barcellos, o neoconstitucionalismo apresenta dois elementos, sendo um formal e outro material. Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual parte de três premissas fundamentais: a) normatividade da Constituição; b) superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica; c) centralidade da Constituição em relação aos sistemas jurídicos. Do ponto de vista material, o neoconstitucionalismo se caracteriza pela: a) incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo, quanto à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais; b) pela

relações internacionais, iniciativas de explicitação da proeminência da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos das nações. Nesse sentido, é a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, o exemplo mais emblemático⁷⁹.

Com efeito, a dignidade humana é elevada ao status de valor máximo inerente a todo ser humano titular de direitos iguais e inalienáveis, sendo a condição de “pessoa” é o requisito único e exclusivo para titularidade de direitos⁸⁰. Em decorrência do universalismo dos direitos humanos, apesar de fortes resistências do relativismo cultural, a dignidade humana é definida como mínimo ético irreduzível⁸¹.

Naquele momento, era firme a ideia de que os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora (auto-aplicabilidade). De outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais, nos termos do Pacto de Direitos Sociais, devem ser implementados progressivamente. Cabe destacar, contudo, que tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos prestações negativas ou mera abstenção.

expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas, isto é, adoção de valores e opções políticas fundamentais, que representam um consenso mínimo a ser respeitado pelas maiorias circunstanciais. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 44-45.

79 A partir da referida Declaração é introduzido o conceito de indivisibilidade dos direitos humanos e estabelecido duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, combinando os discursos liberal e social, a partir da conjugação do valor liberdade com o valor igualdade. Por consequência desta conjugação, foram aprovados, em 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, cujo objeto de proteção são direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdades públicas), tendo incluído direitos não previstos na Declaração de 1948; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo objeto de proteção e de promoção são os direitos fundamentais de segunda dimensão. Neste contexto, a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou com um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Contudo, sob influência dos países ocidentais, especialmente dos Estados Unidos, foram elaborados dois pactos em separado.

80 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

81 PIOVESAN, ob. cit., p. 207-214.

Ademais, da obrigação da progressividade de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social⁸², “na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos”⁸³. Dito de outro modo, “a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução das políticas públicas voltadas às garantias de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova”⁸⁴. Afinal, como salienta Alícia E.C.Ruiz, “el sistema internacional de derechos humanos fue creado em protección de las personas y no de los Estados”⁸⁵.

Deste modo, as ideias e normas de tutela de direitos humanos que se desenvolveram no plano internacional inspiram os Estados, que capturaram em seus ordenamentos tais influxos, estabelecendo-se um estatuto de proteção: os direitos fundamentais, com características de historicidade, universalidade, indivisibilidade, indisponibilidade, oponibilidade *erga omnes*, abertura, eficácia proibitiva de retrocesso e eficácia horizontal. Surge uma nova compreensão de direitos fundamentais fundada em um paradigma de Estado Democrático⁸⁶.

Como destaca José Afonso da Silva sobre o Estado Social:

Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra democrático como fizeram as

82 CANOTILHO, ob. cit., p. 339: “O princípio da proibição de retrocesso determina que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Com efeito, embora tal princípio não seja imune a crises econômicas (reversibilidade fática), limita a reversibilidade jurídica dos direitos adquiridos”.

83 PIOVESAN, ob. cit., p. 234-235.

84 Idem, ibidem.

85 RUIZ, Alicia E. C. La realización de los derechos sociales em um Estado de Derecho. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org.). Constituição e o Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 55-56.

86 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524-526. Além da primeira e segunda dimensões de direitos, a terceira dimensão se apresenta, a partir da ideia central de fraternidade e de solidariedade, como instrumento de proteção de grupos humanos (família, povo, nação) de titularidade difusa. Trata-se de uma resposta ao fenômeno da “poluição das liberdades”, consistente no processo de erosão e degradação de direitos fundamentais, insuscetível de proteção na esfera individual, principalmente em face de novas tecnologias. Observa-se, ainda, o apontamento de uma quarta dimensão resultante da globalização de direitos e na universalização da última fase de institucionalização do Estado Social, tais como direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo.

Constituições da República Federal da Alemanha e da Monarquia Espanhola para chama-lo de Estado Social e Democrático de Direito. Mas aí, mantendo o qualificativo social ligado a Estado, engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do Welfare State, como conteúdo mencionado acima, delimitadora de qualquer passo à frente no sentido socialista⁸⁷.

E acrescenta o autor sobre o Estado Democrático:

As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático. Este se funda no princípio da soberania popular, que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. Visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana⁸⁸.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito ou "Estado Democrático e Social de Direito", como denomina Canotilho, funda-se na soberania popular e na proteção e promoção dos direitos fundamentais e incorpora os ideais inerentes ao neoconstitucionalismo⁸⁹. Por consequência, atribui força normativa, hierarquia e centralidade à Constituição em relação a toda ordem jurídica, além da definição explícita de valores e opções políticas fundamentais, sobretudo, quanto à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que representam um consenso mínimo a ser respeitado pelas maiorias circunstanciais⁹⁰.

87 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

88 SILVA, ob. cit., p. 117.

89 BARCELLOS, ob. cit., p. 47-48: "Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição. Trata-se da oposição entre duas ideias diversas acerca desse ponto. A primeira delas sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se considerem essenciais e consensuais. Essa primeira concepção pode ser descrita, por simplicidade, como substancialista. Um grupo importante de autores, no entanto, sustenta que cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais. Esta segunda forma de visualizar a Constituição pode ser designada de procedimentalista".

90 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 50: "Em virtude de normas de direitos fundamentais, todo se encontram em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito

Com efeito, enquanto os dispositivos previstos na Constituição são dotados de normatividade, os direitos fundamentais possuem um status diferenciado e centralizado no âmbito do sistema constitucional⁹¹, com hierarquia axiológica em função do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual os poderes públicos estão submetidos à Constituição em decorrência direta da noção do Estado de Direito⁹², qualificado pelo princípio democrático.

Isso, contudo, no contexto contemporâneo, não impediu o surgimento de teses neoliberais, que se opõem aos conceitos do *Welfare State*⁹³, absorvidos pelo “Estado Democrático e Social de Direito”, e proclamam, em síntese, a suficiência da igualdade formal, na tentativa de desconstruir as lutas sociais que historicamente possibilitaram a busca da igualdade material, baseando-se na fórmula da eficiência do mercado x ineficiência das políticas sociais⁹⁴, em crítica ao modelo de Estado Social burocrático, opaco e ineficiente e, não raras vezes, totalitário. Assim, “o ideário liberal rejeita o objetivo de redução das desigualdades em nome de qualquer ideal de equidade e de justiça; as

constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para maioria parlamentar simples”.

91 Os direitos fundamentais são: *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático; reserva de justiça; fundamento material do ordenamento jurídico; simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio do indivíduo; núcleo substancial dotado de hierarquia axiológica. Nesse sentido, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 63-125.

92 BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico*. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

93 Nesse sentido: NUNES, ob. cit., p. 50. “No decurso da ‘revolução Keynesiana’, o ‘capitalismo social’ aproximou-se do ‘socialismo democrático’ (o vice-versa), reduzindo o último a um indefinido ‘socialismo do possível’ (título de um livro de François Mitterrand, 1970), renunciando à socialização dos principais meios de produção. Para quem entenda que o socialismo tem de traduzir-se, essencialmente, na eliminação dos rendimentos provenientes do trabalho (o que se pressupõe a apropriação social dos principais meios de produção), esta opção dos partidos socialistas e sociais-democratas europeus ‘apenas significa que tais partidos desistiram de implantar um sistema económico socialista’ e optaram por ganhar ‘respeitabilidade’ junto aos círculos do grande capital, para sustentarem a sua vocação governamental. Disfarçado ou não de socialismo democrático, o (neo)-capitalismo, o capitalismo social foi apenas o capitalismo possível nas (ou o capitalismo exigido pelas) circunstâncias do tempo: um capitalismo que se limitou, como bem observa Henri Janne, a ‘transformar os fins maiores do socialismo em meios de realizar outros fins, i.e, a manutenção do lucro, da iniciativa privada, dos grupos privilegiados’”.

94 GONÇALVES, ob. cit., p. 63-84.

políticas de redistribuição do rendimento são encaradas como um *atentado contra a liberdade individual*⁹⁵.

As teses neoliberais vão surgir também dentro do neoconstitucionalismo por uma corrente opositora da posição *substancialista*⁹⁶, denominada de corrente *procedimentalista*⁹⁷, segundo a qual cabe à Constituição garantir somente o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Na Europa, como destaca o professor português António José Avelãs Nunes, a chamada Constituição Europeia constitui uma tentativa ousada de “constitucionalizar” o neoliberalismo e de tentar garantir a sua eternidade, pois a fica aquém da tábua de direitos, principalmente os direitos sociais, econômicos e culturais, consagrados nas Constituições de alguns Estados-membros ou mesmo em documentos internacionais, como já mencionado⁹⁸.

2 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: DO ESTADO SOCIAL AO NEOLIBERALISMO

Partindo da análise empreendida por Ignácio Sotelo⁹⁹, é admissível, em termos aproximados, delimitar historicamente o chamado “Estado de Bem-Estar Social” no período compreendido entre o final da Segunda Guerra

95 NUNES, ob. cit., p. 64.

96 De acordo com Ana Paula Barcellos, para corrente substancialista, “cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se considerem essenciais e consensuais”. BARCELLOS, ob. cit., p. 47-48.

97 SARMENTO, ob. cit., p. 33: “constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas”.

98 NUNES, ob. cit., p. 71: “Saliente-se desde logo o facto de a CE considerar ‘liberdades fundamentais’ não aquelas que em regra integram o núcleo dos direitos e liberdades e garantias, mas antes ‘a livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais, bem como a liberdade de estabelecimento’. E estas são as liberdades do (grande) capital (sobretudo do capital financeiro), não os direitos e as liberdades das pessoas. Em termos genéricos, esta CE não garante direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito ao trabalho, o direito a um rendimento mínimo, direito a um subsídio de desemprego, o direito a uma pensão de reforma, o direito à habitação, direitos sociais colectivos reconhecidos em várias constituições modernas...”.

99 Ob. cit., p. 230.

Mundial (1939-1945) e a primeira crise global do petróleo ocorrida nos anos de 1972 e 1973.

De todo modo, torna-se dificultoso precisar com certa exatidão o termo final do Estado de Bem-Estar Social no Ocidente, dada a distinção de ritmos e intensidades entre os países em que tal fenômeno foi observado.

Não obstante tal dificuldade de delimitação temporal, é preciso reconhecer a fluidez material do conceito de Estado de Bem-Estar Social a partir das diferentes experiências vividas nas nações ocidentais ao longo da segunda metade do século XX. Enquanto que na Espanha, “Estado de bem estar-social” e “Estado Social” são vistos como termos sinônimos, em França, existe certa diferenciação, recebendo o segundo o título de “Estado Providência”¹⁰⁰.

Na concepção de Ignácio Sotelo, “aunque el estado de bienestar se distinga por rasgos propios, lo cierto es que en el fondo es tan solo un desarrollo ulterior del estado social que bien puede subsumirse en un sentido lato de este concepto”¹⁰¹.

Para avançar no estudo da evolução do Estado de Bem-Estar Social, faz-se necessário estabelecer um marco teórico, correspondente aos elementos comuns identificados a partir das experiências dos países da Europa Ocidental.

Sobretudo, o Estado de Bem-Estar Social caracteriza-se como uma evolução do “Estado Social”¹⁰², entendido este como fenômeno decorrente da crise do modelo liberal observado após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)¹⁰³, no qual “os direitos fundamentais do homem se materializam não só

100 SOTELO, ob cit., p. 231.

101 Idem, ibidem.

102 Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a Sociedade e as Políticas Sociais: o caso das políticas de saúde. Revista Crítica de Ciências Sociais, Lisboa, n. 23, setembro 1987, p. 13-14; MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. Direitos Fundamentais Sociais: o desafio da efetividade e instrumentalidade da ADPF. Curitiba: Juruá, 2013, p. 55-56; FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.

103 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66: “Surge o constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador,

na esfera individual, mas também na igualdade material, nos valores sociais do trabalho, na valorização da dignidade humana e na justiça social”¹⁰⁴.

Buscando um conceito mais pragmático sobre o "Estado Social", pontua Boaventura de Sousa Santos¹⁰⁵:

... o Estado-Providência é o resultado de um compromisso, ou de um certo pacto teorizado no plano económico por Keynes, entre o Estado, o capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte da sua autonomia e dos seus lucros (no curto prazo, não no médio prazo) e os trabalhadores a parte das suas reivindicações (as que respeitam à subversão da sociedade capitalista e à sua substituição pela sociedade socialista). Esta dupla renúncia é gerida pelo Estado. **O Estado transforma o excedente libertado, ou seja, os recursos financeiros que lhe advêm da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social.** (grifou-se)

Com efeito, a partir de tal concepção de “Estado Social”, ao tutelar a negociação coletiva entre o capital e o trabalho, o Estado transforma os recursos financeiros oriundos da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais em “capital social”, ou seja, num vasto conjunto de políticas públicas e sociais¹⁰⁶. Tais políticas públicas “traduzem-se num forte intervencionismo estatal na produção de bens e serviços que aumentam a médio prazo a produtividade do trabalho e a rentabilidade do capital”¹⁰⁷, materializando-se em iniciativas relacionadas à formação profissional, investigação científica, obras de infraestrutura (estradas, aeroportos e portos), política industrial e de desenvolvimento regional, telecomunicações, etc.

emblematicamente representado pelas Constituições mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919. Nos Estados Unidos, essa modificação do papel do Estado veio com o New Deal, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem económica e social”.

104 MONTEIRO, ob. cit., p. 57.

105 SANTOS, ob. cit., p. 14.

106 Sobre a formulação de políticas públicas sob o paradigma do neoconstitucionalismo, vide: BRAÚNA, Mikaela Minaré; ANUNCIAÇÃO, Raphael Augusto Pinheiro. Concepção de Políticas Públicas: o processo decisório. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais. (Inédito); SAUAIA, Hugo Moreira Lima; BARBOSA, Robson R. Orçamento Público: desafios em busca de uma gestão de resultados. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais. (Inédito) e FERNANDES, Felipe Nogueira; SILVA, João Paulo Chaim da. Controle de resultados das políticas públicas. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais. (Inédito).

107 SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado social, estado providência e de bem-estar. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>. Acesso em 30/05/2014.

É, portanto, aspecto comum do Estado Social, a par das peculiaridades observadas em cada país onde o fenômeno foi vivenciado, a incisiva atuação do poder público sobre a economia de mercado, tendo por objetivo o desenvolvimento econômico e, assim, a justa distribuição dos recursos escassos e o bem-estar da população¹⁰⁸. Há, assim, uma alteração do paradigma do Estado Liberal cujos elementos básicos são o modelo de Estado absenteísta e perspectiva individualista dos direitos¹⁰⁹.

Com a superação de tal paradigma, os direitos de ordem social, econômica e cultural (direitos de segunda geração) foram não apenas positivados nos diplomas constitucionais, como também, dotados de caráter de fundamentalidade.

A transposição do paradigma liberal significou “uma solução viável ao próprio sistema capitalista para responder as demandas sociais sem que isso implicasse em uma ruptura com o modelo econômico vigente e na incorporação do modelo ideológico marxista”¹¹⁰. Com efeito, “el ‘Estado social’ es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva”¹¹¹.

Partindo da análise das tradicionais formas de organização do Estado, é possível compreender que o elemento diferenciador do “Estado Social” situa-se não na direta interferência na estrutura econômica motivada pela busca do desenvolvimento social e melhoria das condições de vida da população, mas exatamente na materialização de tais ações estatais como “direitos” dos cidadãos em perspectiva coletiva, conferindo-lhes expectativas de cunho jurídico lastreadas em um conjunto de valores comuns ao corpo social.

Importante observar a existência de elementos comuns caracterizadores do que se convencionou chamar “Estado Social” em nações dos mais diferentes matizes políticos, inclusive, de cunho autoritário. Dito de outro modo,

108 TORRES, Silvia Faber. O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

109 BONAVIDES, ob. cit., p. 187-191.

110 MONTEIRO, ob. cit., p. 55.

111 BALDASSARRE, Antonio. Derechos sociales. Tradução: Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 27.

a experiência do modelo social em diversas nações ocidentais foi observada no bojo de Estados com nítida conformação autoritária, o que demonstra a inexistência de uma relação indissociável e necessária entre a democracia e a proposta de “desenvolvimento social” a partir da atuação estatal.

A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados Sociais”. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930.

Estado social foi, por último, na órbita ocidental, a República Federal Alemã, que assim se confessava e proclamava textualmente em sua Constituição, adotada em Bonn, antes da unificação.

Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!¹¹²

Cumprir observar que o “Estado Social” representou uma transformação superestrutural pela qual passou o antigo modelo liberal, porém, distinto do socialismo marxista, por isso, se compadece com regimes políticos antagônicos, sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo e, até mesmo, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo¹¹³. Por sua vez, o conceito de “Estado Social” não se confunde com o de “Estado Socialista” (no qual se remove o capitalismo)¹¹⁴, nem com o de Estado de Bem-Estar Social. Cabe, de todo modo, constatar, na visão crítica de António José Avelãs Nunes, que os Estados Fascista e Nazista *foram instrumentos do grande capital*, ou seja, solução construída pelo grande capital para resolver problemas de questão social e do governo da economia¹¹⁵.

112 BONAVIDES, ob. cit., p. 184.

113 BONAVIDES, ob. cit., p. 184.

114 NUNES, ob. cit., p. 51. Nesse mesmo sentido: BONAVIDES, ob. cit., p. 186.

115 NUNES, ob. cit., p. 55-56: “Na sua essência, o estado fascista foi anti-trabalhadores, porque foi anti-democrata e anti-socialista. É hoje inequívoco que o estado fascista e os partidos nazi-facistas foram instrumentos do grande capital. O nazismo não foi o resultado da ‘loucura’ de um homem complexado e fanático, foi a solução friamente construída pelo grande capital para, naquelas condições concretas, resolver os problemas da questão social e do governo da economia.(...) Perante os evidentes sinais de crise do capitalismo, foi ganhado terreno a ideia de uma intervenção do estado no sentido de ‘organizar’ e ‘controlar’ a economia. A solução do corporativismo e do estado fascista foi a de promover uma estreita aliança entre o poder fascista e os grandes grupos empresariais aos quais foi entregue a direção das

Não obstante a orientação institucionalizada do Poder Público pelos valores da igualdade, é somente após o ocaso da Segunda Guerra Mundial e da derrocada dos regimes totalitários, que se observa uma reconfiguração da relação entre o Estado e a sociedade, orientada pela revalorização dos direitos fundamentais, passando o direito a ser utilizado como instrumento de limitação do arbítrio.

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem à lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a *fazer parte da arena política*, isto porque o *Welfare State* lhe facultou acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica¹¹⁶. (grifo no original)

É, ainda, em tal contexto que se constata o desenvolvimento de um ideário preocupado com a inefetividade normativa dos direitos sociais, vistos até então como simples normas programáticas, destituídas de eficácia jurídica.

Uma inovação que, do ponto de vista jurídico, mas também por seus efeitos políticos e sociais, tem extrema relevância é a afirmação da Constituição como norma jurídica superior, obrigatória, portanto, para todos, inclusive para o legislador, para o Poder Executivo e para o Judiciário, e de aplicação imediata, ou seja, não dependendo da elaboração de uma lei ordinária ou de qualquer complementação para se tornar de obediência obrigatória¹¹⁷.

Diante dessa conjuntura, observou-se no ocidente europeu uma evolução do modelo de “Estado Social”, agora iluminado por um ideário de superação do positivismo jurídico - responsabilizado pelo uso do Direito como justificação do arbítrio -, quando é conferido caráter fundamental aos direitos

estruturas corporativistas (dotadas de um estatuto de direito público), que, por sua vez, assumiram a tarefa de ‘organizar’, ‘controlar’ e ‘governar’ a economia”.

116 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do Direito. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 681-712, 2003.

117 DALARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.

sociais e a dignidade da pessoa humana é alçada à condição de “princípio absoluto”¹¹⁸. Com efeito, os valores ditos fundamentais e a definição do conteúdo dos direitos sociais, bem como as ações concretas a serem realizadas pelo Estado, passam a ser estabelecidos mediante procedimentos democráticos. São esses, portanto, os elementos que caracterizam e delimitam a ocorrência do “Estado de Bem-Estar Social”.

Uma inovação que, do ponto de vista jurídico, mas também por seus efeitos políticos e sociais, tem extrema relevância é a afirmação da Constituição como norma jurídica superior, obrigatória, portanto, para todos, inclusive para o legislador, para o Poder Executivo e para o Judiciário, e de aplicação imediata, ou seja, não dependendo da elaboração de uma lei ordinária ou de qualquer complementação para se tornar de obediência obrigatória¹¹⁹.

Ao longo de três décadas, o modelo do *Welfare State* dava sinais de desgaste na Europa Ocidental, em razão do déficit orçamentário decorrente das crescentes demandas prestacionais assumidas pelo Poder Público, o que foi consideravelmente agravado com a crise vivida pelo sistema capitalista ocidental após a crise do petróleo na década de 1970. Norberto Bobbio atribui, ainda, à queda do muro de Berlim e ao fracasso político da União Soviética, a motivação para “uma nova guinada dos ideais liberais de tendência ao Estado Mínimo”¹²⁰.

De forma paulatina, com base na crítica ao gigantismo do Estado, foram sendo sedimentados os ideais do chamado “neoliberalismo”, que tinha por proposta central a desestatização e um modelo de regulação econômica. Em linhas gerais, tal modelo é fundamentado na substituição da primazia Estado pela do mercado na regulação social. Os exemplos mais contundentes da

118 TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13: “Ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, que prosperou nas décadas de 50 a 70 e durante o qual a doutrina defendia a generalização do conceito de direitos fundamentais sociais, a dignidade da pessoa humana era apontada como princípio absoluto, insuscetível de ponderação e colocado no patamar superior da hierarquia estabelecida na Constituição”.

119 DALARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.

120 MONTEIRO, ob. cit., p. 57.

proposta neoliberal na década de 1980 foram os governos de Ronald Reagan (1980-1988), nos Estados Unidos, e Margaret Thatcher (1979-1990).

Os objetivos da “regulação, portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da “intervenção”. De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado do Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absenteísmo, sem jamais atingí-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de “ação” do Estado¹²¹.

Não se pode olvidar, na esteira da análise de Norberto Bobbio apresentada acima, que o desenvolvimento na concepção neoliberal nos sistemas políticos ocidentais após a extinção da URSS foi, em grande medida, potencializado pela ausência de um modelo antagônico ao capitalismo. Com efeito, a inexistência de experiência bem-sucedida apta a contraditar a lógica política e econômica liberal, não expôs o modelo à incisivas críticas e identificação de insuficiências e paradoxos em seus pressupostos.

O modelo neoliberal, orientado pela necessidade de redução do tamanho do Estado, solapou, em termos pontuais, a abrangência e a intensidade das políticas públicas então implementadas no “Estado de Bem-Estar Social”¹²², fato que, por outro lado, não conduziu à alteração da estrutura jurídica de proteção aos direitos sociais, dada a evolução do movimento neoconstitucionalista.

3 REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, a realização da democracia econômica, social e cultural é consequência política e lógico-

121 Washington Peluso Albino Souza apud MONTEIRO, ob. cit., p. 60.

122 Nesse sentido, afirma Boaventura de Sousa Santos: "o modelo neoliberal está centrado na predominância do capital financeiro (sobre o capital produtivo) e para ele só há curto prazo; ou o médio prazo é, quando muito, alguns minutos mais; com o tempo, os trabalhadores e seus aliados transformaram a opção socialista, de incerta e distante, em opção esquecida, e passaram a aceitar, como vitórias, perdas menores, que só são menores porque vão sendo seguidas por outras maiores; o trabalho assalariado alterou-se profundamente e transformou-se num recurso global, sem que entretanto se tenha criado um mercado globalmente regulado de trabalho; o “compromisso histórico” gerido pelo estado nacional transforma-se num anacronismo quando o próprio estado passa a ser gerido pelo capital global." (in Estado social, estado providência e de bem-estar, ob. cit.).

material do princípio democrático. Assim, para o autor português, o princípio da socialidade é o “núcleo firme do Estado Constitucional Democrático”¹²³. Nesse viés, o conceito de democracia econômica, social e cultural possui o mesmo grau de validade e dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, razão pela qual está garantido contra reformas constitucionais¹²⁴.

Diante dos pressupostos fundamentais do “Estado Democrático”¹²⁵, “Estado Constitucional Democrático” ou do “Estado Democrático e Social de Direito”¹²⁶, não há como negar o *status* constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais. E não apenas como um mínimo de existência digna, mas como direitos fundamentais exigíveis do Estado por serem garantias constitucionais originárias¹²⁷.

Interessante observar que a ausência de previsão expressa de direitos sociais pela Lei Fundamental da Alemanha não foi obstáculo para o reconhecimento de direitos sociais pelo Tribunal Constitucional daquele país, uma vez que foi proclamado o dever de prestação do Estado a partir do princípio da dignidade humana, da cláusula do Estado Social e do enunciado geral de igualdade fática. Com efeito, o Tribunal Constitucional Federal, ao decidir sobre os direitos subjetivos a prestações, acabou por definir “um direito fundamental a um mínimo existencial”¹²⁸, mesmo sem previsão expressa na Constituição Alemã¹²⁹.

123 CANOTILHO, ob. cit., p. 335.

124 CANOTILHO, ob. cit., p. 337.

125 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

126 CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 335-337.

127 QUEIROZ, ob. cit., p. 193.

128 SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [et al.]. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Esclarecem os autores que a vinculação dos direitos sociais passou a ser designada como uma garantia de mínimo existencial, ou seja, um direito fundamental às condições materiais que assegurem uma vida com dignidade. O direito subjetivo a recursos mínimos para uma existência digna originou na Alemanha, no início da década de 1950, com o publicista Otto Bachof, que construiu a tese a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental da Alemanha, aliado ao direito a vida e integridade corporal (artigo 2º, inciso II, da LF). Esta ideia foi incorporada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que consagrou o

É preciso ressaltar que o *Welfare State* na Alemanha foi estruturado a partir de concepções políticas de cariz socialdemocrata¹³⁰, que, segundo Ricardo Lobo Torres, tinha como teses básicas: a) todos os direitos sociais são direitos fundamentais; b) os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independente da intermediação do legislador; c) os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica¹³¹.

Contudo, com o colapso do socialismo real e a crise do Estado de Bem-Estar Social, simbolizados pela queda do muro de Berlim (1989), as perspectivas sobre os direitos sociais foram alteradas. Nesse sentido, a tese de indivisibilidade dos direitos humanos não mais se justificaria, por si só, dada a insuficiência quanto à resolução do problema de efetividade dos direitos sociais^{132 133}.

reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia do mínimo existencial, como integrante do conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito.

129 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 435-436.

130 Nesse sentido: SOTELO, ob. cit., p. 232.

131 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. SARLET, Ingo Wolfgang (org). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

132 Para Ricardo Lobo Torres, há uma importante distinção a se fazer entre mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Somente o primeiro comporia o que se entende como direitos fundamentais sociais, pois independem de atuação do legislador e contra o qual não se pode opor a reserva do possível. Já os segundos dependeriam integralmente de uma concessão do legislador, que pode ser de natureza orçamentária. Com isso, defende que os direitos econômicos e sociais não passam de meras normas programáticas, que se limitam a fornecer diretrizes ou orientações para o legislador e sem eficácia vinculante, sem status constitucional, uma vez que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais (TORRES, ob. cit., p. 80-86). De outro lado, na doutrina nacional, Ana Paula de Barcellos afirma que: a) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; b) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; c) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; d) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; e) em certa medida, a Constituição vincula as escolhas em matérias de políticas públicas e o gasto de recursos públicos (BARCELLOS, ob. cit., p. 117).

133 HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Significado dos Direitos Fundamentais. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46. Talvez por isso, Konrad Hesse, ao dissertar sobre direitos sociais fundamentais, escreveu que a problemática de tais direitos envolve uma estrutura distinta da dos tradicionais direitos de liberdade e de igualdade. Por isso, dependem de ações estatais, não apenas a

Contudo, para Cristina M.M. Queiroz, os direitos sociais garantidos diretamente pela Constituição são normas de escalão constitucional e, por isso, dispõem de vinculação geral em relação a todos os poderes, não constituindo mero apelo ao legislador, mas sim deveres de proteção e de ação (imperativo constitucional). Por esta razão, constituem direitos públicos subjetivos exigíveis do Estado e configuram uma imposição constitucional legitimadora de transformações sociais e econômicas necessárias para sua efetivação, ainda que dentro de uma reserva do possível. Implicam também em uma interpretação das normas legais conforme a Constituição social, econômica e cultural, e a inércia do Estado quanto à efetiva realização desses direitos constitui inconstitucionalidade por omissão¹³⁴.

É certo que a implementação de políticas públicas direcionadas à promoção dos direitos sociais, econômicos e sociais gera custos, de modo que estes direitos só podem ser garantidos na medida do possível, ou seja, de modo proporcional ao seu desenvolvimento e ao progresso econômico e social. Este condicionamento e dependência conjuntural estão ligados aos recursos disponíveis, o que gera um grave problema de “execução efectiva”¹³⁵. No entanto, embora a dependência aos recursos disponíveis seja um reconhecimento de que a inexistência de recursos financeiros enseja a menor efetividade dos direitos sociais, a reserva do possível não é princípio absoluto e não exclui a garantia constitucional de um “mínimo social”, garantia esta que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁶. Esta garantia é definida por Cristina M.M. Queiroz como uma “forma de liberdade”, com a mesma natureza de um direito de defesa, ainda que traduzida por um

regulamentação pelo legislador, mas também a atuação da Administração, razão pela qual não poderiam ser invocados judicialmente de forma direta. Segundo Hesse, “em princípio, não podem tais direitos fundamentais sociais assumir o caráter de direitos subjetivos individuais. Ao limite, apenas se distinguem das normas constitucionais definidoras de competências do Estado, hoje no centro do debate”.

134 QUEIROZ, ob. cit., p. 187-192: “Por essa razão, alguns países optaram por inscrever os direitos sociais, econômicos e culturais numa ‘declaração de direitos’ sem efeito vinculante, a exemplo da Constituição da Espanha de 1978 e da Constituição Suíça de 1999”.

135 QUEIROZ, ob. cit., p. 185.

136 QUEIROZ, ob. cit., p. 186.

direito a prestação positiva por parte do Estado¹³⁷. Por isso, prevalece sobre a reserva do possível.

Em outros termos, o legislador tem a primazia na concretização da Constituição, uma vez que é responsável pela determinação dos meios orçamentários e financeiros necessários para a realização dos objetivos constitucionais, dentro de sua competência constitucional, e, portanto, possui margem de ação para determinar as “prioridades políticas”. Entretanto, a previsão expressa na Constituição de políticas públicas diminui a margem de ponderação do legislador¹³⁸. As escolhas devem ser feitas consoante os fins, as metas e os objetivos traçados pela Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, a não realização ou a realização deficiente destes direitos pode conduzir a uma quebra ou violação do princípio da confiança que está na base da formação do contrato social, ou seja, da própria sociedade¹³⁹.

Com efeito, a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal, sendo ônus do poder público a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, tendo como parâmetro mínimo a garantia do mínimo existencial¹⁴⁰, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade na dimensão que proíbe a insuficiência ou inoperância decorrente de omissão plena ou parcial dos agentes políticos. Somado a isso, a reserva do possível não pode ser reduzida a um simplório

137 QUEIROZ, ob. cit., p. 193.

138 QUEIROZ, ob. cit., p. 192.

139 QUEIROZ, ob. cit., p. 191. Nesse mesmo sentido: BARCELLOS, ob. cit., p. 117. A autora aponta que: a) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; b) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; c) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; d) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; e) em certa medida, a Constituição vincula as escolhas em matérias de políticas públicas e o gasto de recursos públicos.

140 Quanto ao conceito de mínimo existencial confira: SARLET, ob. cit., p. 26, segundo o qual não se pode estabelecer de forma apriorística um rol taxativo de elementos que constituem o mínimo existencial. De outro lado: TORRES, ob. cit., p. 69-86, que advoga ser o princípio da reserva do possível não oponível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, somente este “mínimo existencial” constitui os chamados direitos fundamentais sociais, enquanto que os demais direitos sociais seriam meras normas programáticas, não vinculantes, sujeitas ao orçamento democrático.

limite posto pelo orçamento, pois o direito social condicionado a reserva de cofres cheios equivale a nenhuma vinculação jurídica^{141 142}.

Nesse sentido, Robert Alexy, a partir de uma ideia-guia do conceito geral e formal de direitos fundamentais, afirma que “os direitos sociais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples¹⁴³”. Com efeito, esta concepção formal de direitos vincula o legislador, não sendo passível de revisão, pela ordem jurídica já constituída, aquilo que a Lei Fundamental estabelece como “fundamental”.

Ademais, o princípio da proibição de retrocesso determina que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Com efeito, embora tal princípio não seja imune a crises econômicas (reversibilidade fática), limita a reversibilidade jurídica dos direitos adquiridos¹⁴⁴. Evidente também que a efetividade dos direitos sociais passa pela reserva do possível, ou seja, a dependência dos direitos sociais aos recursos disponíveis aos recursos econômicos¹⁴⁵.

141 Nesse sentido: SARLET, ob. cit., p. 31-35. Sobre a alegação de que a opção de afetação material de recursos e aplicação destes depende de conjuntura socioeconômica global, somada à premissa de que a Constituição não oferece critérios para essa decisão, de modo que a decisão sobre as políticas públicas estariam a cargo dos órgãos políticos, especialmente o legislador, afirmam os autores que isso exige uma deliberação responsável sobre a destinação dos recursos, quanto mais for diminuta a disponibilidade orçamentária, sob pena de se gerar uma crise de efetividade dos direitos sociais sem estar amparado na Constituição.

142 Em decisão paradigmática, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, decidiu na ADPF de nº 45 sobre a possibilidade do controle judicial de políticas públicas como modo de efetivação de direitos sociais, diante das omissões inconstitucionais dos órgãos de direção política (Poderes Legislativo e Executivo), além de ressaltar categoricamente que a reserva do possível não pode ser invocada com finalidade de “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”.

143 ALEXY, ob. cit., p. 446.

144 CANOTILHO, ob. cit., p. 339.

145 SARLET, ob. cit., p. 30-35. Conforme os autores, a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplex, que abrange: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (conexão com distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, conforme o sistema federativo constitucional; c) e perspectiva do titular de um direito a prestações (a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, especialmente quanto à exigibilidade). De outro lado, a reserva do possível não é elemento integrante dos direitos fundamentais, ao revés, constitui apenas uma espécie de limite fático e

De toda sorte, diante do novo paradigma jurídico de direitos fundamentais, surge uma nova redefinição de direitos que coloca os direitos de dimensão negativa e de dimensão positiva em mesmo plano, ou seja, liga a liberdade negativa a uma liberdade positiva. Surge um conceito de estatuto da cidadania, no qual os direitos já não são direitos ‘contra’ o Estado, mas direitos ‘através’ do Estado, isto é, direitos que facultam e garantem o gozo efetivo dos bens constitucionalmente protegidos. Nesse sentido:

o ‘estatuto da cidadania’ não consiste unicamente em proteger uma esfera de liberdade face ao Estado. Pelo contrário, o estatuto da cidadania encontra-se hoje inextricavelmente ligado através de mecanismos de participação, segurança e independência (isto é, de ‘não dominação’) e não por simples barreiras erguidas contra o poder do Estado¹⁴⁶.

Do exposto, resulta o que Cristina M.M. Queiroz chama de função social dos direitos fundamentais, com o abandono unilateral da liberdade como direito individual, uma função “ético-social” que permita os “limites imanentes” dos direitos fundamentais o que implica, por consequência, em nova redefinição dos direitos fundamentais que coloca os direitos de dimensão negativa e de dimensão positiva no mesmo plano, com um sistema de correlações entre os aspectos individual e social em contextos supraindividuais¹⁴⁷.

Portanto, é possível afirmar que os direitos econômicos, sociais e culturais possuem o mesmo grau de fundamentabilidade dos direitos de primeira dimensão, ou seja, decorrem do princípio constitucional da dignidade humana (mínimo existencial), da cláusula social estabelecida pela Constituição

jurídico. Sobre a alegação de que a opção de afetação material de recursos e aplicação destes. Depende de conjuntura socioeconômica global, somada à premissa de que a Constituição não oferece critérios para essa decisão, de modo que a decisão sobre as políticas públicas estariam a cargo dos órgãos políticos, especialmente o legislador, afirma que isso exige uma deliberação responsável sobre a destinação dos recursos, quanto mais for diminuta a disponibilidade orçamentária, sob pena de se gerar uma crise de efetividade dos direitos sociais sem estar amparado na Constituição. Com efeito, a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal, sendo ônus do poder público a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, tendo como parâmetro mínimo a garantia do mínimo existencial, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade na dimensão que proíbe a insuficiência ou inoperância decorrente de omissão plena ou parcial dos agentes políticos. Somado a isso, a reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, pois o direito social condicionado a reserva de cofres cheios equivale a nenhuma vinculação jurídica.

146 QUEIROZ, ob. cit., 182-183.

147 QUEIROZ, ob. cit., p. 180.

Democrática e Social (estatuto da cidadania), bem como do princípio da igualdade material (justiça social), conceitos estes que foram herdados do Estado de Bem-Estar Social.

CONCLUSÃO

A derrocada dos regimes totalitaristas e o fim da Segunda Guerra Mundial marcaram temporamente a mudança de paradigma do direito constitucional europeu. Com o advento do constitucionalismo democrático, o Estado passa a ser estruturado a partir de uma perspectiva de proteção e promoção da dignidade humana, considerada esta como um princípio vetor da ordem constitucional de uma nação.

Como pano de fundo de toda transformação, encontra-se o movimento denominado pós-positivismo, que, diante do trauma vivido nos regimes totalitários que utilizavam o Direito como instrumento do arbítrio, pugnavam pela centralidade jurídico-normativa dos direitos fundamentais e pela reaproximação entre o Direito e a Ética.

Diante dessa nova configuração, o constitucionalismo supera a dimensão meramente jurídico-formal, sendo reconhecida a força normativa da Constituição e, conseqüentemente, a necessidade de instituição de mecanismos e instrumentos destinados à garantia de sua adequada efetividade, nos quais estão inseridos o reconhecimento da normatividade dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional.

A positivação dos ideais e valores de justiça, igualdade e fraternidade, traduziu-se em previsão de direitos sociais, econômicos e culturais nas constituições do pós-guerra e, com isso, evidenciou os problemas concernentes à realização de tais direitos, vez que se exige uma intervenção ativa do Estado.

O “Estado do Bem-Estar Social” restou caracterizado pela superação do caráter meramente programático dos direitos sociais, então vistos como simples promessas futuras, cuja implementação ficava a mercê da discricionariedade ou conveniência do Poder Público e das majorias

contextualmente dominantes. Diante do novo paradigma, as ações estatais passam a ser vinculadas no sentido de conferir máxima efetividade aos direitos sociais.

A partir da lógica da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, não apenas o Poder Executivo estaria vinculado a realizar todas as políticas públicas para a sua adequada implementação, mas, também, ao Poder Legislativo foi imposta a obrigação de produção normativa tendente à conferir concretização aos objetivos traçados na Constituição.

Enfim, a busca pela efetividade dos direitos sociais no “Estado do Bem-Estar Social” conduz ao estabelecimento de uma síntese entre os chamados “direitos negativos” (Estado Liberal) e os “direitos positivos” (Estado Social), transformando, assim, a compreensão de “liberdade face ao Estado” para “liberdade através do Estado”.

Portanto, o modelo de bem-estar social realçou o caráter de interdependência entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, uma vez que a realização dos últimos é condição para a garantia plena de direitos individuais. Em síntese, não seria possível falar em liberdade do indivíduo destituída de condições materiais de existência que o tornem efetivamente livre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

BALDASSARRE, Antonio. **Derechos sociales**. Tradução: Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. *in*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRAÚNA, Mikaela Minaré; ANUNCIACÃO, Raphael Augusto Pinheiro. Concepção de Políticas Públicas: o processo decisório. *in* SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). *Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais*. (Inédito).

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

DALARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Felipe Nogueira; SILVA, João Paulo Chaim da. **Controle de resultados das políticas públicas**. *in* SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). *Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais*. (Inédito).

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”**. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRÉDÉRIC, Bastiat. **A Lei**. Tradução: Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais. Releitura da uma Constituição Dirigente**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Significado dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: 2009.

MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo. **Direitos Fundamentais Sociais: o desafio da efetividade e instrumentalidade da ADPF**. Curitiba: Juruá, 2013.

NUNES, António José Avelãs. **O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio**. in: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org.). *Constituição e o Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral**. 2ª edição. Coimbra, 2010.

RUIZ, Alicia E. C. **La realización de los derechos sociales em um Estado de Derecho**. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org.). *Constituição e o Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Neoconstitucionalismo: Efetivação de direitos fundamentais e atividade jurisdicional**. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). *Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais*. (Inédito).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado, a Sociedade e as Políticas Sociais: o caso das políticas de saúde**. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Lisboa, n. 23, setembro 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Estado social, estado providência e de bem-estar**. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294>. Acesso em 30/05/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SAUAIA, Hugo Moreira Lima; BARBOSA, Robson R. **Orçamento Público: desafios em busca de uma gestão de resultados**. in SANTIAGO, Marcus Firmino (org.). *Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais*. (Inédito).

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOTELO, Ignacio. **El Estado Social**. Madrid: Trotta, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do Direito.** *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 681-712, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIREITOS NÃO HUMANOS, MAS DO SUJEITO DE DIREITOS

Nonhuman rights, but the subject rights.

Norton Maldonado Dias¹⁴⁸
Ao professor Osvaldo Giacóia Jr.

RESUMO: Justificada por quadros bastante precários da condição humana, o trabalho propõe rever como o jurista da atualidade propaga a evolução de prerrogativas de sexta, ou até sétima geração de direitos em detrimento a uma realidade que não consegue efetivar os direitos mais básicos do ser humano. O trabalho encontra a resposta na constante jurídica figurativamente chamada de sujeito de direitos sobre o qual deveria ter partido a proposta evolutiva de Karel Vasak; admitindo, na construção teórica do Direito na modernidade, a possibilidade de oscilar de forma dissociativa da natureza humana em detrimento da figura da subjetividade jurídica.

Palavras Chave: Geração de direitos. Direito na modernidade. Sujeitos de direitos. Subjetividade jurídica

ABSTRACT: Justified by a very precarious human condition scenario, this paper aims to review how the jurist disseminates the evolution of prerogatives of the sixth or seventh generation of rights nowadays in detriment of a reality that can't implement the most basic and peculiar rights of the human being. This paper detects the answer in the legal constant known as subject of rights from where the Karel Vasak evolutionary proposal should have come; admitting, in the theoretical construction of Law in the modernity, the possibility of oscillation, in a dissociative form, of the human nature over the legal subjectivity figure.

¹⁴⁸ Graduado em Direito no interior paulista (Centro Eurípedes de Soares da Rocha - 2009). Especializou-se em Direito Internacional e Econômico na Pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina no Paraná (2012). Mestrando em Direito pelo Centro Eurípedes e, atualmente, exerce advocacia militante desde 2009

Key words: rights generation; Law in the modernity; subjects of rights; legal subjectivity.

INTRODUÇÃO

Os estudos fazem um retorno ao momento reconhecidamente histórico das primeiras previsões de prerrogativas, partindo de uma peculiar incompatibilidade que figura a problemática questão sobre a qual se desenvolve o presente trabalho.

Trata-se de um descompasso que não costuma acompanhar os escritos doutrinários sobre direitos humanos e fundamentais, mas que sempre está presente nos debates; principalmente, quando invocamos a efetividade real destas prerrogativas.

Portanto, buscou-se explicar as razões de um desenvolvimento tão avançado do ponto de vista doutrinário que chega a afirmar uma sexta ou sétima geração de direitos em detrimento a realidades bastante deficitárias da condição humana.

O trabalho faz um retorno ao contexto histórico das aclamadas primeiras gerações e traduz uma reiteração de um desenvolvimento teórico pautado sob um modelo restritamente textual de previsões de prerrogativas, resquício da exegética positivista.

A hipótese proposta pressupõe uma nova revisão das construções de Karel Vasak, onde os momentos históricos devem ser vislumbrados, não do ponto de vista objetivo dos textos que positivaram as prerrogativas, mas do ponto de vista da figura do sujeito de direitos (aspecto subjetivo em substituição ao objeto das previsões).

Portanto, a revisão e o retorno aos contextos históricos devem vislumbrar uma análise que não ficam atreladas somente as previsões que ocorreram naquele momento, mas uma proposta de análise que transcende a esfera documental, atingindo os agentes, os interesses e a titularidade por detrás das positivações, ou seja, das razões na atuação da figura do sujeito de

direito, indagando os interesses de prerrogativas concernentes a liberdade e suas implicâncias no mercado, esclarecendo as verdadeiras razões da atuação deste sujeito de direito como titular e destinatário destas positivamente e dos documentos historicamente constitucionais.

A estética do discurso de prerrogativas da pessoa, hoje a grande moda entre os juristas, porém até para os mais bem intencionados entre eles, não se tem conseguido afirmar argumentos de implementações satisfatórias no esforço da atuação dos poderes que confundem suas funções e tentam remanescer as incapacidades das suas estruturas estatais, por isso, o problema atual do famigerado ativismo.

A problemática questão que induz a proposta de revisão desde a origem das primeiras previsões humanistas que conseguem chegar tão longe em detrimento a realidades tão precárias, buscando na autoria e no desenvolvimento teórico dessa concepção o desenvolvimento em torno da hipótese de um erro na base das observações ou mesmo de uma falha no plano em que se desenvolveu esta construção doutrinária, de modo que teremos que compreender esta derradeira projeção que ganhou tamanha aceitação dos juristas na atualidade.

DESENVOLVIMENTO

No mundo do Direito e no discurso dos juristas da atualidade é muito recorrente o discurso humanista, porém em uma visão mais investigativa acerca da gênese teórica deste discurso encontramos um autor tchecoslovaco, naturalizado na França, chamado Karel Vasak que, em suma, tentou categorizar prerrogativas, partindo de uma análise bastante restrita a previsão de documentos históricos, de modo a atrelar tais classificações de direitos com o lema revolucionário francês de 1789.

Curiosamente a materialidade deficitária deste discurso não é inédita, de modo a instigar descrever a abordagem de outros autores, tal como podemos observar na obra “As Origens do Totalitarismo”, onde Hannah Arendt aborda a discrepância de pensamentos idealistas:

Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem intencionados, que persistam teimosamente em considerar 'inalienáveis' os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum. (ARENDR, 1989, p. 312).

Sobre o aspecto da universalização das prerrogativas que tem como um dos fundamentos a reflexão iluminista, sobretudo na filosofia de Kant, vale destacarmos a posição de Michel Foucault que em uma entrevista concedida em 1966 diz:

O humanismo tem sido o modo de resolver em termos de moral, de valores, de reconciliação, problemas que não podiam resolver de forma nenhuma. Conhece a frase de Marx 'A humanidade não se coloca senão os problemas que pode resolver'. Eu penso que se pode dizer: o humanismo finge resolver os problemas que não se pode colocar! (FOUCAULT, 1991, p. 34-35).

A emancipação teórica, de fato, depende de uma descrição fiel que desconfia da rotulagem humanista que acaba confundindo ou mesmo justificando comportamentos bastante interessados neste discurso, "trabalho consiste em liberar-nos definitivamente do humanismo e, neste sentido, meu empenho é um trabalho político na medida em que todos os regimes do Leste ou do Oeste fazem contrabando com suas más mercancias, sob a bandeira do humanismo [...]." (FOUCAULT, 1991, p. 34-35).

Portanto, o discurso humanista bastante usual pelo jurista na atualidade acaba marcado por uma frustrante realidade externa sem relação com as previsões bem intencionadas onde se apoiam toda construção geracional desde Karel Vasak. Confrontando, assim, com uma realidade que não consegue a efetivação dos direitos básicos e peculiares da condição humana e tal percepção sem nenhum ineditismo, haja vista a deflagração tão bem pontuada entre teóricos como Michel Foucault e Hannah Arendt.

Uma discrepância que sai da autoria desses teóricos, estendendo a índices usuais que dão contornos na transcrição atual da nossa realidade, dentre os quais, o "Mapa da Violência 2013 – Homicídios e Juventude no

Brasil” deflagrado pelo professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, Julio Jacobo Waiselfisz, apontando com 139 mortes a cada 100 mil pessoas na cidade de Simões Filho, no interior da Bahia, em plena estado de normalidade jurídica pelo menos do ponto de vista técnico-jurídico (AS 300..., 2013).

O mais curioso deste tipo de análise ocorre quando comparamos os índices da cidade de Simões Filho (139 mortes para cada 100 mil habitantes) no “Mapa da Violência 2013 – Homicídios e Juventude no Brasil” em pleno estado de normalidade (pelo menos do ponto de vista técnico jurídico) com os números do estado emergencial de guerra vivida pelo Iraque no auge dos seus conflitos, onde a cidade próxima a capital bahiana ultrapassa duas vezes o índice do estado de guerra e anormalidade vivido no Iraque no auge dos conflitos do Oriente Médio (64,9 mortes para cada 100 mil pessoas entre 2004 e 2007) (AS 300..., 2013).

Por isso que as doutrinas que fazem relevantes suspeições de anormalidades e exceções dentro da forma legal, ou seja, pensamentos que apontam a forma legal daquilo que não deveria ser legal ganham significativa relevância: “[...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.” (AGAMBEN, 2004, p. 11-12).

O italiano Giorgio Agamben que, segundo o professor e filósofo Osvaldo Giacóia Júnior (2013) afirma ter sido aluno de Heidegger, reiterou a referência nesta pontual relação.

Por isso é que vale uma salutar revisão sobre a origem do discurso dos direitos humanos até a projeção hoje vigente que é marcada por uma peculiar construção que reconhece direitos de até sexta ou sétima geração em detrimento a uma realidade que não consegue materializar os direitos mais básicos e peculiares da condição humana.

Assim, torna-se contingência necessária uma revisão desta proposta humanista que surgiu no que Karel Vasak chamou de primeira geração de

direitos com as prerrogativas atreladas ao lema revolucionário francês de 1789 (direitos relativos à liberdade) como direitos civis e políticos que ganharam a previsão setecentista, de modo a serem deflagrados quais as verdadeiras razões que levaram tais previsões que deram origem a toda essa construção teórica tão usual e que ganharam o discurso dos juristas na atualidade.

Estudando sobre a curiosa aceitação deste pensamento humanista e da projeção acerca do discurso dos direitos humanos entre os juristas, destacamos uma obra literária bastante famosa intitulada “A Era dos Direitos” de autoria de um jurista italiano chamado Nobberto Bobbio. Nesta mesma linha, verificamos o principal defensor no Brasil correspondente a um jurista chamado Paulo Bonavides cuja autoria é considerada o pioneirismo do pensamento geracional no Brasil.

Discorrendo sobre a construção deste pensamento, pontuamos uma famigerada corrigenda aparentemente terminológica da qual partimos a proposta de revisão, correspondente a evolução do vocabulário da concepção geracional que originariamente foi intitulada como “geração de direitos” e depois foi evoluída para a expressão “dimensão de direitos”.

Se adentrarmos nos motivos desta corrigenda, verificamos que não se trata de razões meramente terminológicas, mas de falhas ontológicas no discurso que se fossem levadas em consideração levariam o discurso ao campo da titularidade (aspecto subjetivo), afastando o aspecto humano das suas previsões e positivamente (aspecto objetivo), deflagrando mais facilmente uma justificadora forma de comportamento interessados em detrimento a estética documental de suas previsões e positivamente que seduzem por meio de seus textos e por meio de uma política de reconhecimentos que pouco se vislumbra no campo da materialidade.

A alegação da corrigenda aparentemente literal de “geração de direitos” para a expressão “dimensão” foi que a rotulação “geração” não era a ideia sucessória, pois no momento que se admitia uma geração posterior, negava-se a geração precedente, ou seja, incompatível com o que se pretendeu desde Karel Vasak, pois os direitos agrupados em um primeiro momento não

deixariam de existir em razão de uma geração de prerrogativas posterior (repare que a abordagem está pautada estritamente em uma análise objetiva das previsões e positivamente históricas).

Ocorre que tal erro e tal corrigenda só se verificou em razão do objeto da abordagem desde o início do pensamento pautado estritamente em previsões e positivamente textuais dessas prerrogativas e não no cerne correspondente a quem estas previsões e positivamente estavam titularizando (aspecto subjetivo).

Um estudo que parte de uma análise restrita às previsões e positivamente que textualizam humanidades (aspecto formal ou objetivo) é a grande falha que leva o jurista a chamar de “gerações” as primeiras previsões logo após perceber que o grupo de prerrogativas previstas posteriormente não afastavam as anteriores, propondo digamos uma expressão terminológica que retirava o aspecto sucessório ou substitutivo (“dimensões”) quando na realidade deveriam abandonar uma análise cega restrita aos escritos históricos e começasse a procurar uma constante sobre a qual irradiavam as previsões.

Perceba que se o jurista houvesse partido desde o início da perspectiva da subjetividade e da titularidade (aspecto subjetivo), concentrariam no sujeito que fora definido as referências textuais que estariam sendo positivadas no decorrer dos momentos históricos que foram apontados pelo pensamento geracional, em que pese sejam positivamente marcadas pela crise de efetividade que está sendo investigada.

Vale reiterar, em que pese essas previsões sejam positivamente que carrega a crise de efetividade que está sendo investigada, vale a presente anotação como uma forma de se concluir pelo objeto que se devem partir os estudos investigativos no sentido de não se tratar da análise de textos históricos (como pretendeu a linha humanista), mas do ponto de vista de uma famigerada figura da teoria e da filosofia do Direito que deve ser o objeto sobre o qual o jurista Karel Vasak deveria ter partido e que ficou conhecido como sujeito de direitos.

Portanto, em que pese haja ingenuidade na proposta geracional que carrega em seu sentido semântico a ideia de uma categoria suceder ou substituir a outra diversa e ulterior, vale ressaltar que tal erro só ocorreu porque partiram do aspecto formal e objetivo de se estudar previsões e não no que, de fato, deve ser estudado e analisado, ou seja, aconstante sobre a qual circula as previsões textuais e históricas chamada de sujeito de direitos (aspecto subjetivo).

Repare que partir restritivamente do ponto de vista das previsões textuais, documentais e das positivamente é o mesmo que partir de uma variável ou de uma inconstante que pode ser infiel quando mudamos o plano de análise. Perceba que a sequência de primeira, segunda e terceira geração proposta por este pensamento pautado em documentos constitucionais não se verifica quando altera-se a natureza documental dessas previsões constitucionais para documentos de outras naturezas, por exemplo, as previsões de Tratados e Convenções Internacionais, uma vez que suas primeiras previsões na linha humanista da proposta não foram dos direitos civis e políticos como pretende a ideia geracional, mas as positivamente relativas ao trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1919).

Portanto, a proposta de rever o pensamento geracional deve partir do surgimento ou nascimento do figurativamente chamado sujeito de direitos e não dos fatores oscilantes atrelados estritamente ao que foi historicamente escrito.

Assim, dentre as concepções mais aceitas sobre a temática do nascimento do que figurativamente ficou conhecido como sujeito de direitos, enfatizamos o pensamento que bem trabalhou esta ideia e que, não podemos deixar de referenciar no trabalho, correspondente ao pensamento do jurista Hans Kelsen na famigerada obra “Teoria Pura do Direito”.

Em que pese críticas já tão bem conhecidas a este autor, também incluindo as direcionadas a esta obra em específico, atentamos para uma pontual observação em que este jurista faz menção ao outro autor:

Assim, escreve Puchta: O conceito fundamental do Direito é a liberdade... o conceito abstrato de liberdade é: possibilidade de alguém se determinar para algo... O homem é sujeito de Direito pelo fato de lhe competir aquela possibilidade de se determinar, pelo fato de ter uma vontade', quer dizer: pelo fato de ser livre. (KELSEN, 1999, p. 119).

Aqui o autor começa a fazer relevantes apontamentos que tem servido de indícios de onde e em que momento este sujeito de Direito teria nascido; agindo de forma bastante consciente de que a abstração de um sujeito de Direito não pressupõe obrigatória e necessariamente a totalidade dos seres humanos e que o homem, na sua condição humana, só iria ser revestido desta abstração quando, de fato, admitido pelo Direito capaz de se autodeterminar, induzindo a certas referências da matriz contratualistas sobre as quais nos fundamos.

Portanto, claramente podemos admitir que o homem, na sua condição humana, nem sempre foi um sujeito de Direito, pois em épocas remotas já tão bem conhecidas da nossa História foram patentes em economias feudais ou mesmo escravagistas, onde se legalizou o homem escravo e que, portanto, nem sempre a figura do sujeito de Direito acompanhou o ser humano, ficando bastante claro esta ruptura:

Também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não tem qualquer personalidade jurídica. A Teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o Direito Moderno, diferentemente do que sucedia com o Direito Antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica. (KELSEN, 1999, p. 121).

Outro ponto que acresce a esta dicotomia entre a natureza humana e a natureza jurídica corresponde o reconhecimento do próprio Hans Kelsen da figura do sujeito de Direito se tratar de uma abstração, ou seja, de uma ficção jurídica construída na mesma linha do professor Ricardo Marcelo Fonseca que veremos adiante: “É patente o que de fictício há nesta determinação do conceito de subjetividade jurídica.” (KELSEN, 1999, p. 119).

Relevante ressaltar um erro muito comum à crítica que se faz ao jurista Kelsen quando se afirma que ele não reconheceu, na sua obra a Teoria Pura do Direito, o aspecto ideológico da conceituação do sujeito de direito, porém não é porque o propósito teórico de repudiar outros aspectos que não aqueles que correspondam ao que Kelsen apontou como pureza; que, necessariamente, o jurista ignorava a função ideológica desta conceituação, de sorte que fica muito claro a perfeita consciência e inteligência do jurista Hans Kelsen da função ideológica sobre a qual escondia por detrás da criação desta figura chamada sujeito de Direito:

A função ideológica desta conceituação do sujeito jurídico como portador (suporte) do direito subjetivo, completamente contraditória em si mesma, é fácil de penetrar: serve para manter a ideia de que a existência do sujeito jurídico como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, [...]. (KELSEN, 1999, p. 120).

Releva-se a seguinte afirmativa do jurista Hans Kelsen (1999, p. 120) , “não é difícil de compreender por que a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está também incluída sempre a propriedade.”

Podemos pontuar a referência do jurista Kelsen ao trecho que faz menção da expressão “propriedade” trazendo uma segunda concepção que deve ganhar a análise da presente investigação. Trata-se da verificação da ideologia da subjetividade jurídica do ponto de vista da propriedade, ou seja, abordar a temática sobre a perspectiva de Karl Marx.

Portanto a idealização das gerações da liberdade e da igualdade foi possível a partir da aproximação da forma jurídica à forma mercantil como fator viabilizador do fenômeno da troca:

As categorias mais características do direito burguês – sujeito de direito, a propriedade, o contrato etc. – antes de mais nada e mais claramente do que tudo, revelam a sua base material no fenômeno da troca. A categoria do sujeito de direito corresponde à categoria do valor-trabalho. Os atributos da mercadoria, impessoalidade, generalidade e mensurabilidade, são completados pelos atributos formais da igualdade e da

liberdade, os quais os proprietários conferem uns aos outros. (PACHUKANIS, 2009, p. 142-143).

A tão idealizada universalidade é, na verdade, um aspecto facilitador da circulação mercantil e a liberdade como prerrogativa genérica de uma primeira geração, na verdade, nada mais é senão a forma que o sistema encontrou de fazer com que aquele que não possui mercadorias para vender, dispõe da sua força trabalho como sua mercadoria:

Para transformar dinheiro e capital, o possuidor de dinheiro precisa encontrar, portanto, o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre no duplo sentido de que ele dispõe, como pessoa livre, de sua força de trabalho como sua mercadoria, e que ele, por outro lado, não tem outras mercadorias para vender, solto e solteiro, livre de todas as coisas necessárias para realização da sua força de trabalho. (MARX, 1983, p. 140).

É na condição de expropriado e tendo que vender sua força de trabalho que afirma Marx (1983, p. 277 não basta

que as condições de trabalho apareçam num polo como capital e no outro polo, pessoas que nada têm a vender a não ser sua força de trabalho. Não basta também forçarem-nas a se venderem voluntariamente. Na evolução da produção capitalista, desenvolve-se uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes. A organização do processo capitalista de produção plenamente constituído quebra toda resistência, a constante de produção de uma superpopulação mantém a lei da oferta e da procura do trabalho e, portanto, o salário em trilhos adequados às necessidades de valorização do capital, e a muda coação das condições econômicas sela o domínio do capitalista sobre o trabalhador.

Portanto, Marx apresenta algo fundamental acerca da forma jurídica, sobretudo sobre a figura do sujeito de direito sendo a abordagem mais aprofundada na medida em que projetou contornos bastante precisos nas suas implicações quando o sujeito de direito relaciona-se a concepção de mercadoria como a forma elementar do modo de produção:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, toma-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portandocada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado pela relação econômica da mesma. As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadoria e, por isso, como possuidores de mercadorias. (MARX, 1983, p. 79-80).

Sendo neste ponto que verificamos o exato momento de nascimento, ou seja, o momento tão esperado de todo o processo gestacional da figura do sujeito de direito, mais precisamente quando

[...] toda produção é produção de um sujeito por um lado, a coisa é produzida, humanizada pelo sujeito; por outro lado, o homem não mais encontra diante de si senão a produção do homem. Noutras palavras, tal postulação produz principalmente o efeito prático seguinte: todo encontro (jurídico) entre dois indivíduos é o encontro de dois proprietários privados possuidores de mercadorias. (ELDEMAN, 1973, p. 72).

A propriedade cuja ontologia dependia de imposição senhorial, a posse da terra como um privilégio, sua manutenção pela força, enfim, todos os aspectos feudais que atrelavam o sujeito a coisa; no caso, a terra deixaram no passado junto a noção pré-burguesa, distanciando a terra como fator determinante e centralizando a posse, de modo que a propriedade não estava mais adstrita a terra ou coisa, mas sim a noção de mercadoria, onde o próprio agente volitivo (uma vez igualizado a ele a aptidão de figurar direitos e livre, inclusive para dispor da sua força de trabalho quando não houvesse outra mercadoria) é que surge, de fato, a figura do sujeito de direito.

Foi na tomada da posse e no uso, onde a terra deixou de ser determinante, dando lugar a posse ou propriedade, inclusive de si (liberdade) para dar preços e trocar sua força de trabalho como mercadoria que está o momento exato do nascimento da figura do sujeito de direitos:

Assim, se a tomada de posse é o momento imediato e positivo da propriedade, o uso é já o seu momento negativo e ambos se encaminham a alheação. A vontade livre do sujeito que exterioriza, que investe uma coisa, pode abandonar esta coisa ou entrega-la a investidura pela vontade de um outro. A propriedade existe pela vontade do sujeito e pode, a qualquer instante, transferir-se para um outro sujeito. A universal possibilidade desta transferência é a consequência da concepção da propriedade como essencialmente plena e como determinação do sujeito de direitos. (KASHIURA JR, 2012, p. 74).

Não podemos deixar de atentar a um momento diverso da tomada da posse e do uso correspondente a chamada alheação - ação alhear, alienação (Silveira BUENO, 1992, p. 42), que

aparece não por acaso, como momento final, e também mais completo da propriedade. Nela, a propriedade figura plenamente sob o signo do sujeito, a exterioridade da coisa é inteiramente suprimida: para o sujeito, a coisa é a sua vontade objetivada; para outros sujeitos, a coisa é a vontade objetivada de seu proprietário. O que há nela de específico se dissolve na universalidade da personalidade. Os momentos anteriores, a tomada de posse e o uso, implicam ainda em uma relação singularizada entre o sujeito e a coisa, mas a transição do uso para a alheação faz surgir o aspecto universal da propriedade, cujo desenvolvimento pleno ocorre, ainda mais adiante, na transição da propriedade para o contrato: o valor. (KASHIURA JR, 2012, p. 74).

O professor Ricardo Marcelo Fonseca da Universidade Federal do Paraná, em um trabalho intitulado “Para uma Possível Teoria da História dos Direitos Humanos” vai fazer referencia de uma obra chamada “A questão judaica” de Karl Marx, onde irá expor o propósito idealista e classista no discurso dos direitos do homem: No âmbito teórico a apresentação deste processo radical é, desde o século XIX, bastante numerosa: a crítica de Marx ao capitalismo e aos efeitos (FONSECA, 2011).

Na obra “O Direito captado pela fotografia”, Edelman (1976, p. 101) fala sobre a interpelação ideológica de que

toda pessoa é sujeito de direito – tornando-se categoria eterna – o sujeito de direito é qualquer pessoa = mergulha a doutrina num terrível embaraço. Porque, se a forma sujeito de direito é bem a forma necessária do homem que participa nas trocas e na produção, ela é, além disso, esta forma na qual se deve também realizar a liberdade e a igualdade. E, para ‘eles’, o dilema vem a ser o seguinte: o sujeito de direito realiza a sua liberdade pela venda de si próprio. Estes professores não compreenderam que a categoria sujeito de direito é um produto da história, e que a evolução do processo histórico capitalista realiza aí todas as determinações: o sujeito de direito torna-se seu último produto objeto de direito.

Atentando-se que a forma de sujeito de direito veiculasse a disposição da força de trabalho exatamente nos mesmos moldes da mercadoria; possibilitando, inclusive, a inserção de preço e valor, haja vista a vontade consentidaem que consubstanciou a disposição.

Um das manifestações da subjetividade na modernidade atrela-se a ideia de individualismo (FONSECA, 2002, p. 69) e a subjetividade é o critério que irá conduzir a modernidade, influenciando o social, político, teórico e o jurídico, haja vista tratar-se de uma época em que o fundamento na natureza ou em Deus é abandonado e substituída pela natureza humana.

Por isso releva-se o aprofundamento da figura do sujeito de direito ou da subjetividade jurídica, bem como a desmistificação do romantismo de prerrogativas, tais como, a liberdade quando, em uma análise mais profunda da realidade, podemos afirmar sua contextualização na conquista para contratar no Direito Privado, onde o fundamento da livre iniciativa só pode ter facticidade material a partir da liberdade individual atribuída a figura do sujeito.

Trata-se de uma característica dos tempos modernos que não somente explica as mínimas relações jurídicas, mas transcende sua pretensão as grandes ficções da sociedade política caracterizada pela matriz contratualista de Hobbes, Locke, Rosseau e tantos outros autores.

Portanto podemos verificar que o pensamento geracional, dentro da proposta que pretendeu KarelVasak, partiu de uma variável e inconstante,

explicando a discrepância entre um pensamento que consegue afirmar uma sexta ou sétima geração de direitos em detrimento a uma realidade incapaz de efetivar os direitos mais básicos e peculiares da condição humana, justamente, porque parte de uma variável modulável pela constante usada do ponto de vista interessado sobre a qual se determinou uma constante criada pelo Direito na modernidade figurativamente chamada “sujeito de direitos” como sendo uma abstração que não necessariamente precisa vincular-se a natureza humana para se manifestar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do humanismo desde Karel Vasak com a concepção das chamadas gerações de direitos foram estudos que partiram da análise de textos históricos, previsões e positavações em que reconhecimentos de humanidades mostram avanços em termos de consciência coletiva, mas que se mostraram inseridas em uma evolução meramente declaratórios de direitos de até sexta e sétima geração em detrimento a uma realidade e uma estrutura estatal incapaz de assegurar e efetivar direitos básicos e peculiares da condição humana.

A investigação da doutrina de Karel Vasak, a quem é atribuída a autoria, Nobberto Bobbio na sua obra intitulada “a Era dos Direitos”, seu principal propulsor, Paulo Bonavides, pioneiro na projeção do ideário no Brasil, e tantos outros autores responsável ficou reduzida a uma doutrina bastante pontual na decisão e nos trabalhos de juristas da atualidade, mostrando-se bastante insuficientes na tentativa materializadora em face das deficitárias condições humanas da realidade.

A problemática questão é respondida através do ponto de partida e do objeto sobre o qual este pensamento se desenvolveu correspondente a plano textuais de verificação nas positavações e previsões históricas, objeto bastante instável, haja vista que basta ousar alterar a qualidade das previsões que a sequencias das gerações já deixam de ser verificadas, tal como considerar o plano dos Tratados e Convenções Internacionais em substituição a esfera

constitucional e teremos as primeiras previsões internacionais humanistas relativas aos trabalhos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1919) e não a previsão de direitos civis e políticos que pretendeu a primeira geração de direitos.

Ocorre que, de fato, trata-se de uma análise sobre variáveis e inconstantes jurídicas que maculam com instabilidade teórica toda a sua lógica, bastando verificar uma das suas corrigendas doutrinária ocorrida no decurso de seu desenvolvimento que evoluiu a expressão terminológica “geração” para “dimensão”. Na verdade, a ideia sucessória de geração que indica prerrogativas substituindo outras precedentes não teria ocorrido se partissem, não do aspecto formal ou objetivo de suas previsões (variáveis), mas sim do aspecto subjetivo a quem estas previsões estão se dirigindo e, mais do que isso, qual o verdadeiro interessado na igualização e na extensão da liberdade (constante).

Lógico que a corrigenda não teria ocorrido, pois usariam uma expressão terminológica que vislumbresse o titular sobre o qual a abordagem jurídica se desdobra (aspecto subjetivo), justamente, a famigerada figura do sujeito de direitos.

Assim, foi sobre o ponto de vista desta constante que o trabalho reviu o princípio ou a origem de toda construção geracional, retroagindo o pensamento do princípio e trazendo as principais abordagens em Hans Kelsen com a “Teoria Pura do Direito”, Karl Marx na obra intitulada “O Capital”, em que pese outras abordagens existam, enfatizamos as principais e logo no início vislumbramos a possibilidade da figura do sujeito de direitos romper com aspectos humanos, gerando uma significativa suspeição quanto as previsões e positivações sobre as quais se desenrolaram desde Vasak.

Em que pese a ingenuidade da análise de restringir-se as verificações textuais, uma vez que se pode escrever grandes evoluções humanistas, sem que isto esteja, de fato, ocorrendo; não deixamos de relevar e compreender o significado dessas textualizações históricas que demonstram consciência histórica, mas que ficam presos pontualmente no trabalho dos juristas e nas

respectivas específicas unidades decisórias desses trabalhos (quando não são tão somente de conteúdo meramente declaratórios), enfim, tudo que em comparação a intensa realidade que os cercam e aos quadros humanos deficitários, muitos dos quais, de suspensão de direitos fundamentais questionando implicância e efetividade desses direitos (principal críticas dos seus próprios defensores).

Ao rever a concepção geracional, o trabalho conclui que o que ficou conhecido como primeira geração de direitos humanos foi na verdade o momento em que a idealizada liberdade, universalidade, individualismo e todos os aspectos idealizados dessa fase teve o interessado propósito de se criar a figura do sujeito de direitos (aspecto subjetivo que revê a teoria geracional).

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. **Manual de direito internacional público**. Atualização de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de direito internacional público**. Atualização de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AGAMBEN, G. Estado de Exceção. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção Estado de Sítio).

ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Luíz Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, H. O declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem. In: _____. **As origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 300-336.

AS 300 cidades mais perigosas do Brasil. Disponível em:
<<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-300-cidades-mais-perigosas-do-brasil>>.

Acesso em: 10 fev. 2014.

BITTAR, E. C. B., **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, S. **Minidicionário**. 6. ed. São Paulo: Lisa, 1992. p. 42.

CANÇADO TRINDADE, A. A. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Ano 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez. 1993.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS. 1969. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>

. Acesso em: 10 fev. 2014.

DE PLÁCIDO; SILVA, **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DWORKIN, R. Uma questão de princípios. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EDELMAN, B. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

_____. Le sujet du droit chez Hegel. Tradução Celso Naoto Kashiura Jr. **La Pensée**, n. 170, p. 70-85, 1973.

FAVOREU, L.; RUBIO LLORENTE, F. **El bloque de la constitucionalidade: simposium franco-español de derecho constitucional**. Madrid; Sevilla: Civitas; Universidad de Sevilla, 1991. 203p.

FOCAULT, M. **Saber y verdade**. Tradução de Julia Varela e Fernando Alvarez-Uria. Madrid: Las Ediciones de la piqueta, 1991.

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 273-291, jan./jun. 2011.

GIACÓIA JR, O. Heinderger urgente: Introdução a um novo pensar, São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GÓMES ROBLEDO, A. **Fundadores del derecho internacional**. México: UNAM, 1989.

HABERLE, P. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Ferrero. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KASHIURA JR, C. N. **Sujeito de direito e o capitalismo**. 2012. 177 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito)-Faculdade de Direito da Univesidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARX, K. **O capital**. Tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **A questão judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MAZZUOLLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

MELLO, C. D. A. O § 2o do art. 5o da Constituição Federal. In: TORRES, R. L. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conveções ratificadas pelo Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

PACHUKANIS, E. B. **A Teoria geral do direito e a construção do socialismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PIOVESAN, F. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: _____. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 44-56.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, A. C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, J. F.. **Direito internacional público: curso elementar**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHÄFER, J. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEIS, C. **Direitos humanos contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



WIKIPEDIA. **Tratado.** Disponível em:
<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

O MUNICÍPIO COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FEDERAÇÃO

Paulo José Leite Farias¹⁴⁹

INTRODUÇÃO

No presente artigo, demonstra-se que a noção de federação se relaciona intimamente com a descentralização do poder, o que facilita tremendamente a participação popular. Assim, o titular do poder pode ter mais facilidade em participar da gestão estatal.

Para tal objetivo ser concretizado, analisa-se a noção de Federação sobre o prisma da descentralização, na doutrina americana, enfatizando a clássica obra de Hamilton, Madison e Jay dentre outras.

Também é destacada a separação de poderes por meio da divisão vertical de poderes bem caracterizada por Karl Loewenstein que indica outras formas de divisão de poder distinta da separação de poderes horizontal ou funcional preconizada dentre outros por Montesquieu. A federação, para Loewenstein, ao lado dos direitos individuais e do pluralismo, permite a divisão de poder no território.

Em seguida, busca-se demonstrar que a federação (forma de separação vertical de poder) permite maior participação e proximidade do cidadão com os governantes. O cidadão tem maior possibilidade de conhecer o prefeito do que o governador ou o presidente!

Ademais, a federação ressalta a necessidade de cooperação entre as diferentes esferas verticais de poder, permitindo que o estado-central e os estados-membros possam interagir na consecução do bem-comum.

Conforme Habermas destaca na Teoria do Agir Comunicativo, defende-se que o federalismo favorece o *status activus* destacado na teoria dos quatro status de Georg Jellinek. Assim, a federação por meio da entidade municipal,

149 Promotor de Justiça, Mestre em Direito pela UnB, Doutor pela UFPE, Pós-Doutor pela Universidade de Boston (EUA). Professor do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade do IDP.

ente estatal mais próximo do indivíduo, aproxima a gestão do Estado do cidadão.

1 O FEDERALISMO COMO SISTEMA HARMÔNICO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

A noção de Federação anda em simbiose com a descentralização do poder, permitindo a efetiva separação vertical de poderes no âmbito das entidades federativas.

GARCIA PELAYO, ao explicar *“la teoría que concibe al Estado Federal como forma avanzada de descentralización”*, ensina:

Tenemos, en primer lugar, la teoría de Hans Kelsen, aunque por su formulación trasciende del problema Estado Unitario centralizado y Estado Federal tal como se ha esquematizado arriba. Aparte de su doctrina, antes expuesta, sobre la triplicidade de la constitución federal, Kelsen concibe a este tipo de Estado como un grado de descentralización que sólo se diferencia cuantitativa, pero no cualitativamente, de otros tipos de la misma. Mas para comprender su teoría es preciso tener en cuenta lo siguiente: 1) Que descentralización y centralización son conceptos ideales que no se dan puros en la realidad histórica; 2) Que se producen en todos los grados del orden jurídico, desde la simple sociedad contractual hasta la comunidad internacional, pues esta misma, en cuanto dotada de un Derecho (internacional), posee normas que valen para todo el ámbito territorial de los Estados que la integran (centralización), al mismo tiempo que está compuesta de una pluralidad de órdenes jurídicos diferentes (Estados), válidos para espacios limitados (descentralizados). De este modo, y con arreglo a su teoría del orden escalonado, Kelsen puede llegar a la consecuencia de que “todas las comunidades jurídicas – municipios, cuerpos autónomos, Estados miembros de la Federación, Estados propiamente dichos, Confederaciones y comunidad jurídica internacional – sólo se distinguen en principio por el grado de descentralización (la cual constituye una serie en la que cada forma se enlaza con la de distinto grado sin soluciones de continuidad)”. Prescindimos aquí de la distinción de Kelsen entre descentralización total y parcial y completa e incompleta. Lo interesante es que a partir del Estado Unitario se pueden distinguir una serie de formas de descentralización cada vez más perfectas; administrativa, por autonomía, por países, federal, Confederación, Uniones de Estado y comunidad internacional. De este modo, el Estado Federal no se distingue sustancial o cualitativamente de la descentralización regional (por países), sino que es

simplemente un grado superior caracterizado capitalmente por la autonomía constitucional y la participación en la legislación central. Pero tampoco se distingue de la Confederación sino por el grado de descentralización, pues, “en ambos casos se trata de comunidades jurídicas cuyo ordenamiento consiste en normas válidas sobre todo el territorio y en normas vigentes tan sólo en ciertas partes del mismo.”¹⁵⁰

K. C. WHEARE, em estudo do Governo Federal americano, realizado em 1946, definiu o princípio federativo como “*the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, coordinate and independent*”.¹⁵¹ Este conceito mostra-se significativo ao indicar característica básica do Federalismo: a divisão vertical de poderes. A metáfora “dividir a torta” das competências tem-se aplicado, frequentemente, a este aspecto de federalismo, dando a errônea impressão de que há número finito de poderes governamentais que podem ser delegados aos entes locais ou nacionais.

A concepção por um Estado Federal implica *divisão vertical dos poderes*. Assim como a clássica divisão horizontal funcional dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário restringe o poder do Estado por intermédio do sistema de *checks and balances*; a divisão vertical de poderes na classificação dada por Loewenstein do federalismo, conforme se demonstrará, favorece o fortalecimento da liberdade individual.

HAMILTON, defendendo o Estado Federado, já indicava a necessidade de divisão de poderes entre o governo federal e o governo local com a finalidade de proteção do povo do abuso do poder (usurpação do legítimo destinatário do poder: o povo), dizendo que:

Podemos seguramente admitir como um axioma que, em nosso sistema político, os governos estaduais proporcionarão, em todas as contingências possíveis, completa segurança contra violações da liberdade pública pela autoridade nacional. Projetos de usurpação não podem ser ocultos sob disfarces capazes de escapar tanto à penetração de assembleias

150 PELAYO, Manuel García. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 229 a 231.

151 WHEARE, K.C. Federal Government. 4a ed, London: Oxford University Press, 1963, p. 10. Observe-se que neste estudo, os seguintes termos da língua inglesa são usados para descrever as partes constituintes de uma federação: “provinces”, “states”, “Länder”, “cantons” e “regional governments”.

escolhidas de homens como à do povo em geral. Os legislativos terão melhores meios de informação. Podem descobrir o perigo à distância; e, possuindo todos os órgãos do poder civil e a confiança do povo, podem adotar de imediato um plano regular de oposição, em que podem combinar todos os recursos da comunidade. Podem se comunicar entre si prontamente em diferentes Estados e unir suas forças comuns para a proteção de sua liberdade comum.¹⁵²

Na Federação, um princípio fundamental do ordenamento constitucional – o da separação dos poderes – apresenta um componente adicional: a *separação vertical dos poderes*. Ao lado da clássica decomposição e divisão dos poderes estatais, no Estado unitário ou central, em executivo, legislativo e judiciário (a chamada separação horizontal dos poderes), na Federação, ocorre a decomposição e a divisão dos poderes estatais em Estado central e em Estados-membros. A esfera do domínio estatal divide-se adicionalmente em União e em Estados-membros (a chamada separação vertical dos poderes).

Na Federação, a separação vertical dos poderes permite que as decisões políticas e técnicas sejam tomadas com maior transparência, reflexão e equilíbrio e, portanto, com maior controle, pois a União e os Estados-membros possuem competências limitadas; o poder de domínio do Estado é adicionalmente dividido e a tendência à concentração do poder pode ser combatida. Na Federação, o Estado-central e os Estados-membros dispõem, apenas, de poucas competências exclusivas, que podem ser exercidas apenas por eles sem a participação de representantes de outros planos da organização política.

A União e os Estados-membros, devido às suas atribuições de poderes limitados e às possibilidades daí resultantes, de impedimento e de suspensão, dependem um do outro se pretendem exercer política eficaz. *A obrigação de cooperar para exercer o domínio de forma eficaz, ao contrário do Estado unitário, é fortalecida na Federação.*

O Estado central e os Estados-membros podem controlar e influenciar um ao outro. Dessa maneira, o sistema do “*balance of power*” e o “*system of*

152 HAMILTON, MADISON e JAY. Os artigos federalistas, 1787 – 1788. Trad. de Maria Luiza X. de A Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 225.

checks and balances” são fortalecidos na Federação e o Estado de Direito é consequentemente intensificado. Por intermédio da separação dos poderes, da limitação de poder e do equilíbrio entre os poderes, o Estado de Direito possibilita e garante a dignidade humana, a liberdade e a justiça.

Consoante indica HEINZ LAUFER “isso, contudo, apenas é possível se o monopólio partidário não dominar também a Federação”.¹⁵³ No mesmo sentido, MARIA TEREZA AINA SADEK afirma:

A prática de eleições não é suficiente para caracterizar um regime como democrático. Nem toda eleição tipifica o sistema político como pluralista e aberto. Regimes autoritários e até totalitários têm recorrido ao mecanismo eleitoral de escolha, com finalidades diversas. Para que as eleições sejam, de fato, a base do sistema democrático, é necessário que tenham importância decisiva no processo político, que haja plena liberdade de eleger e de ser eleito, e que dessa prática possam resultar mudanças na composição e/ou na orientação do governo. *O regime democrático apoia-se, pois, em uma série de mecanismos institucionais cuja eficácia repousa, em última análise, na confiabilidade dos resultados eleitorais.*

É claro que estas exigências admitem gradações, sendo então possível falar em graus de democratização. Um sistema político será tanto mais democrático *quanto menos restritivo forem os direitos à participação e à escolha entre ofertas políticas diferentes, e quanto mais capazes se mostrem de produzir efeitos na composição ou na orientação do poder.*¹⁵⁴ (grifo nosso)

Explorando essa última assertiva no que se refere à menor restrição *dos direitos à participação*, demonstrar-se-á que o modelo federativo *favorece sobremaneira a participação do cidadão no Estado (status activus)*, além de *permitir uma efetiva separação dos poderes.*

153 LAUFER, Heinz. “Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo”. In O federalismo na Alemanha. Traduções, nº 7, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 36. Publicado originalmente em Lexikon der Politik, vol. 3, München: Dieter Nohlen, 1992.

154 SADEK, Maria Tereza Aina. A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil. Pesquisas no 4, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 1.

2 A DIVISÃO HORIZONTAL E VERTICAL DE PODERES: A COLOCAÇÃO DO FEDERALISMO COMO MECANISMO VERTICAL DE CONTROLE DO PODER, NA VISÃO DE LOEWENSTEIN

Inicialmente, no que se refere à terminologia da divisão vertical de poderes, colocamos KARL LOEWENSTEIN, que diferencia os *controles horizontais do poder*, que se operam dentro do mesmo detentor do poder (controle intraórgão) ou entre diversos detentores do poder (controle interórgãos)¹⁵⁵ dos *controles verticais*, a que chamamos “divisão vertical de poderes”, com base na terminologia do Professor de Munique, uma vez que dizem respeito ao relacionamento das diferentes esferas de poder com a comunidade.

Ressaltando a importância da divisão vertical de poderes, LOEWENSTEIN assinala, como espécies de controles verticais que se agrupam em *três campos de ações recíprocas: o federalismo, os direitos individuais e o pluralismo*.

Assim, este consagrado constitucionalista, autor da importante classificação ontológica das Constituições, indica:

Bajo la rúbrica de los “controles verticales”, se agrupan tres campos diferentes de acciones recíprocas:

1. El federalismo: el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa.

155 “El análisis sistemático de la dinámica del poder ha tratado hasta ahora los controles horizontales que operan bien dentro de uno y del mismo detentador del poder (controles intraórgano), o bien entre diversos detentadores del poder (controle interórganos). La exposición se enfrentará ahora con otra categoría de controles, designados aquí como controles verticales. Bajo este concepto caen aquellos tipos o modos de acción e interacción que se producen dentro del cuadro de la dinámica política entre todos los detentadores del poder instituidos – parlamento, gobierno, tribunales y electorado – y la sociedad en su totalidad. Vistos estructuralmente, los controles horizontales operan en el cuadro del aparato estatal mientras que los controles verticales lo hacen al nivel en el que la maquinaria estatal se enfrenta con la sociedad. Para caracterizar de una manera plástica la situación: los controles horizontales se mueven lateralmente al mismo nivel del aparato del dominio, los controles verticales funcionan en una línea ascendente y descendente entre la totalidad de los detentadores del poder instituidos y la comunidad como tal o algunos de sus componentes”. (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982, p. 353).

2. Los derechos individuales y las garantías fundamentales. Éstos son límites establecidos en favor de los destinatarios del poder y no podrán ser sobrepasados por ninguno de los detentadores institucionalizados del poder. Estos derechos constituyen zonas de autodeterminación individual inaccesibles al poder del Estado.

3. El pluralismo. Los grupos pluralistas - los “poderes intermediarios” de Montesquieu y de Tocqueville - se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder instituidos, influyendo y determinando el ejercicio del poder de estos últimos.

A primera vista, estas tres clases de controles verticales integrados en el proceso del poder pueden parecer heterogéneos. El federalismo y las garantías fundamentales están institucionalizados por normas jurídicas, el pluralismo, en cambio, es una manifestación sociológica y, por lo tanto, metajurídica. El carácter vertical del federalismo yace en la relación entre dos grupos diferentes de instituciones gubernamentales.¹⁵⁶ (grifo nosso)

Assim, verifica-se que o federalismo, lado a lado aos direitos individuais e suas garantias, situa-se como mecanismo de divisão vertical de poderes, efetivando-se, tal divisão, conforme já visto, pela repartição de competências.

3 A DIVISÃO DE PODERES VERTICAL NA REPARTIÇÃO HORIZONTAL DE COMPETÊNCIAS FACILITA O CONSENSO NECESSÁRIO AO REGIME DEMOCRÁTICO

PAINE, de forma mais incisiva, considerava o governo um mal necessário, assinalando:

A sociedade, em qualquer estado, é uma benção, enquanto o governo, mesmo em seu melhor estado, não passa de um mal necessário; no seu pior estado, um mal intolerável, pois, quando sofremos ou somos expostos por um governo às mesmas desgraças que poderíamos esperar num país sem governo, nossa calamidade é intensificada pela conclusão de termos sido nós quem fornecemos os meios pelos quais sofremos. O governo, como um traje, é o emblema da inocência perdida; os palácios dos reis são construídos sobre as ruínas dos caramanchões do paraíso. Pois, se os impulsos da consciência fossem clara, uniforme e irresistivelmente obedecidos, o homem não precisaria de outro legislador; mas, não sendo esse o caso, ele julga necessário desistir de uma parte de sua propriedade para obter meios de proteger o resto; e é levado a fazer isto pela mesma prudência que, em todos os outros casos, aconselha-o a escolher dentre os males o menor. Por conseguinte, sendo a segurança a verdadeira finalidade e propósito do governo, resulta, indiscutivelmente, que qualquer

156 LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982, p. 353 e 354.

*forma assumida pelo mesmo, e que pareça mais capaz de garanti-la a nós com menos despesas e maiores benefícios seja preferível a todas as outras.*¹⁵⁷ (grifo nosso)

Assim, na busca da melhor forma de governo, PAINE indica que deve ser procurado aquele que maior segurança fornece ao indivíduo, com a menor relação custo-benefício (“que pareça mais capaz de garanti-la a nós com menos despesas e maiores benefícios seja preferível a todas as outras”).

Por ser a segurança ao indivíduo um valor a ser alcançado pelo Estado Liberal, na visão tanto de PAINE como de STUART MILL (autoproteção), observa-se que a divisão de poderes disciplinada nas diferentes competências dos entes federados contribui, sobremaneira, para garantir, ao indivíduo, maior segurança, no que se refere ao não-abuso de poder estatal, que, além de estar dividido funcionalmente, na concepção de MONTESQUIEU, estará dividido nos diferentes ordenamentos jurídicos que compõem o Estado Federado.

Ademais, importante ressaltar que MILL também teme a tirania da maioria, a que faz referência TOCQUEVILLE; entretanto, isso não o abstém de considerar a democracia como mecanismo de garantia da liberdade. Confirmando tal assertiva, BOBBIO afirma:

Tanto quanto TOCQUEVILLE, MILL também teme a tirania da maioria e a considera um dos males dos quais a sociedade deve se proteger. Isso, porém, não o leva a renunciar ao governo democrático. No livro sobre a democracia representativa, publicado poucos anos após o ensaio sobre a liberdade, põe-se o clássico problema da melhor forma de governo e responde que ela é, precisamente, a democracia representativa, que constitui, ao menos nos países com um certo grau de civilização, o prosseguimento natural de um Estado desejoso de assegurar aos seus cidadãos o máximo de liberdade: “A participação de todos nos benefícios da liberdade é o conceito idealmente perfeito do governo livre.

Tal máxima é confortada pelo seguinte comentário:

Na medida em que alguns, não importa quem, são excluídos desses benefícios, seus interesses são deixados sem as garantias concedidas aos demais, ficando-lhes diminuídas as possibilidades e os estímulos que de outra maneira teriam para a aplicação das energias em prol do próprio bem e do bem da comunidade.

157 PAINE, Thomas. O senso comum e a crise. Trad. de Vera Lúcia de Oliveira Sarmiento, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 11.

Trata-se de um comentário que mostra com grande clareza o nexo entre liberalismo e democracia ou, mais precisamente, entre uma determinada concepção de Estado e os modos e as formas de exercício do poder capazes de melhor assegurar a sua atuação.¹⁵⁸

Ao tratar do contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE fornece preciosa lição sobre a democracia como condição e garantia dos direitos fundamentais, ensinando:

A democracia torna-se, nesse contexto, numa condição e numa garantia dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem. Ela é (ou passa a ser), por isso, um elemento de conformação do seu próprio conteúdo e um critério do seu bom exercício – os direitos fundamentais vão até onde, e podem ser exercidos na medida em que contribuam para a manutenção ou o fortalecimento do sistema democrático.¹⁵⁹ (grifo nosso)

Assim, problemas existenciais do ordenamento democrático são problemas existenciais dos direitos fundamentais em geral, razão pela qual a melhoria da democracia caminha *pari passu* à proteção e à implementação dos direitos fundamentais.

Sob esse prisma, um problema existencial do ordenamento democrático com repercussão na proteção dos direitos fundamentais é a sua legitimação pelos cidadãos mediante o *consenso*.

A necessidade de efetiva comunicação entre o *Estado* e a *sociedade* encontra traço original no pensamento do filósofo JÜRGEN HABERMAS, ao explicitar a *teoria do Agir Comunicativo*, na qual o consenso se torna possível na efetividade de diálogo institucional do Estado com a Sociedade. Para este consagrado filósofo da Escola de Frankfurt: “a ideia de verdade somente pode ser desenvolvida se pressupusermos o resgate discursivo de pretensões de validade”.¹⁶⁰

158 BOBBIO, Norberto. “A crise da democracia e a lição dos clássicos”. In Arquivos do Ministério da Justiça, no 170, ano 40, out./dez., Brasília: Ministério da Justiça, 1987, p. 68 e 69.

159 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 47.

160 SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 99.

Em primeiro lugar, na Federação os cidadãos possuem mais possibilidades do que no Estado unitário de utilizar o seu principal – muitas vezes único – direito democrático, por meio do qual podem exercer alguma influência – comunicando-se, efetivamente, com os seus futuros representantes: *o direito de voto*.

O cidadão não elege apenas os membros do parlamento central, mas também os membros do parlamento de seu Estado, o que, efetivamente, permite maior consenso no processo político democrático. Para ter chances de sucesso, os candidatos ao parlamento e os partidos políticos que os apresentam são obrigados a se preocuparem com o cidadão como eleitor, a informá-lo e a tentar conquistá-lo. Há efetivamente um modelo comunicativo, conforme veremos, na visão de HABERMAS, no qual os sujeitos se encontram inseridos. O cidadão pode aceitar a ampla oferta de contato, procurar debater de modo mais abrangente os seus problemas, necessidades e preocupações com os representantes do poder público e com os candidatos, e, portanto, exercer influência mais efetiva sobre as dimensões da ação política.

Portanto, no sistema federativo, as possibilidades de consenso – especialmente se existir, também, autonomia administrativa municipal desenvolvida e de fato independente – podem ser ampliadas em comparação com um sistema unitário, pela maior oportunidade dada aos participantes do discurso argumentativo de usar atos de fala comunicativa (o “voto” por parte do eleitor e a “campanha política” por parte do candidato).

Em HABERMAS, encontramos a “Teoria do Agir Comunicativo”, baseada na “Ética do discurso”, segundo a qual a única racionalidade é a do diálogo.

ALEXANDER M. BICKEL, importante estudioso do “consentimento”, ao tratar do tema da desobediência civil, afirma firmemente que a ética do consentimento ao Direito é essencial a uma sociedade livre e civilizada, constituindo o sistema federal, com a multiplicidade de ordenamentos existentes, mecanismo de minimizar a desobediência, permitindo a formação

de nova legislação que esteja em sintonia com a sociedade. Nesse diapasão, afirma:

Como Hannah Arendt escreveu, e eu deixei implícito, “a objeção de consciência pode tornar-se politicamente significativa quando um número de consciências coincide e os objetores resolvem entrar no mercado e fazer ouvir suas vozes em público”. Há então, necessariamente implícito, um desafio à lei a que se objeta, ou pelo menos a ordem jurídica considera essa manifestação generalizada de objeções de consciência como um desafio à lei, e os objetores são assimilados aos partidários da desobediência civil. Quanto a esta, há muita coisa que se assemelha a ela e que em outros sistemas mais unitários, que não distribuem o poder e autoridade legislativa, seriam realmente desobediência civil. Entre nós, grande parte dessa conduta não o é. Em nossa federação há leis dentro das leis e leis acima das leis. Um sistema de leis válido e plenamente autoritário em si mesmo, pode ser posto em dúvida pelo recurso a outro sistema, geralmente superior. E de certa forma a recíproca é verdadeira. É possível, portanto, aos homens se comportarem de modo legal, ou que pode vir a ser, mas que não é reconhecido como tal pela autoridade legítima em certos lugares e, portanto, constitui desafio daquela autoridade e provoca desordem. Esse comportamento, que num sistema unitário seria desobediência civil, é com freqüência estimulado por um processo de formação de lei de muitos escalões, característico de nosso próprio sistema.¹⁶¹
(grifo nosso)

Para HABERMAS, a verdade não é concebida apenas como um processo de adequação, mas, sim, na perspectiva do *consenso*, obtido por meio de um processo de comunicação ideal, segundo certos procedimentos. A *“razão” proposta por HABERMAS fundamenta-se em modelo comunicativo, em que os sujeitos se encontram inseridos*. A correção dos juízos normativos jamais poderá ser explicada segundo as pautas de uma teoria da correspondência com a verdade. A *“correção”, pois, significa a aceitabilidade racional fundada em boas razões*.

O modelo tradicional é sempre monológico, ou seja, a verdade é algo que se dá ao conhecimento do sábio, que a obtém independentemente de comunicação com o outro.

161 BICKEL, Alexander M. A Ética do consentimento. Trad. de Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Agir, 1978, p. 102.

Em HABERMAS, a verdade é processo que inclui vários atores; é sempre dialógica e supõe a busca de consenso. Cada um dos atores envolvidos no discurso invoca pretensões de validade. Só serão consideradas racionais as proposições capazes de cumprir os requisitos necessários a argumentação e contra-argumentação, a prova e contra-prova. Se os envolvidos no discurso não tiverem má-fé (usarem de mentiras), atinge-se nível razoável de verdade.

Observa-se que, para que se chegue ao *consenso*, há necessidade de alguns pressupostos, que HABERMAS identifica como “situação de comunicação ideal”.

HABERMAS esclarece, outrossim, dizendo que não se pode considerar a situação de fala ideal como fenômeno empírico. Tampouco, é simples construtor racional. Nesse sentido, a situação de fala ideal constitui medida da crítica porque serve para questionar qualquer consenso, obtido faticamente, e submetendo-se à ideia de um consenso ideal que jamais será atingido concretamente.

Assim, ao tratar do paradigma “situação de fala ideal”, HABERMAS explica que ela é ideia formal, desenvolvida na ética do discurso de sociedade na qual todas as decisões politicamente relevantes são retroligadas a formas institucionalizadas de formação simétrica de chances de escolha e de realização de atos de fala. Supõe-se que nela não existe elemento algum de coação a não ser a coação do melhor argumento. Observa-se que tal pressuposto se mostra bastante mitigado em um país como o nosso, no qual as diferenças sociais e econômicas se realçam por demais.

Este postulado do diálogo pleno implica, na verdade, quatro subpostulados:

a) postulados de igualdade comunicativa: todos os possíveis participantes do discurso argumentativo devem ter igual chance de usar atos de fala comunicativa;

b) postulados da igualdade de fala: todos os participantes do discurso devem ter a mesma chance de proceder a interpretações, fazer asserções,

recomendações e justificações, bem como de problematizar pretensões de validade;

c) postulado da veracidade e sinceridade: os falantes aceitos no discurso devem ter a mesma chance de utilizar atos de fala representativos, isto é, devem ser capazes de expressar ideias, sentimentos e intenções pessoais; e

d) postulado da correção de normas: no discurso, os agentes devem ter igual chance de empregar atos de fala regulativos, isto é, de mandar, de opor-se, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de retirar promessas.

De posse dessas considerações sintéticas compiladas das obras de SIEBENEICHLER,¹⁶² pode-se retornar, de modo mais claro, à questão da idealização, descrita, há pouco, para obtenção do consenso. Os participantes da comunicação (eleitores e eleitos) estão convencidos da possibilidade de chegar a um entendimento, porque todos supõem, em qualquer situação de interação, que eventuais mal-entendidos que possam surgir, durante a comunicação, podem ser resolvidos da discussão que se instaura em processo eleitoral.

Assim, a Federação valoriza a comunidade local ao dar-lhe autonomia e, nessa comunidade, privilegia-se o modelo comunicativo de HABERMAS, pois nele a situação de fala ideal apresenta-se a partir do momento em que se garante:

a) o postulado da igualdade comunicativa, pela menor distância entre o emissor da mensagem (candidato) e o receptor (eleitor), o que possibilita igual chance de usar atos de fala comunicativos;

b) o postulado da igualdade de fala, pela oportunidade de troca direta de mensagens nos comícios e debates eleitorais realizados com os eleitores daquele município, dando a todos a mesma chance de apresentar argumentações e objeções;

162 SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 105.

c) o postulado da veracidade e sinceridade, pela comprovação do efetivo cumprimento das promessas de campanha; e

d) o postulado da correção de normas, pela chance de empregar atos de fala regulativos, tal como os de permitir (aplaudindo) e proibir (vaiando) determinada conduta.

Ademais, a credibilidade do processo eleitoral depende, fundamentalmente, da forma como são organizadas e controladas as eleições. De nada adiantam eleições competitivas e nas quais milhões de cidadãos tenham direito de participar, se o alistamento, a emissão do voto, a apuração e a proclamação dos resultados acham-se sujeitos a intromissões que possam adulterar a livre manifestação do eleitor. Dessa forma, a maior ou menor confiabilidade do resultado eleitoral decorre da efetividade das garantias estabelecidas em lei para assegurar a lisura de cada uma dessas etapas.

Nesse sentido, exemplificativamente, ressalta-se que, no Brasil, o voto secreto e a criação da Justiça Eleitoral, em 1932, representaram decisivo passo no sentido de reduzir as distorções da violência nas disputas eleitorais e de se atingir a “verdade eleitoral”.

Assim, a Justiça Eleitoral brasileira instituiu-se segundo o ideal federativo, conforme ressalta MARIA TEREZA AINA SADEK:

A Justiça Eleitoral organizou-se nos moldes da Justiça Comum. Isto é, foi criado um Tribunal Superior, na capital da República, e Tribunais Regionais, nas capitais dos estados. Afora os tribunais, em cada circunscrição judiciária havia um juiz eleitoral de primeira instância.¹⁶³

É no âmbito local, privilegiado conforme vimos pelo modelo federal clássico de competência, que os postulados da situação de fala ideal se encontram. Assim, à medida que a competência horizontal privilegia o trato de temas afetos diretamente a cidadãos de determinada região com representantes daquela região, há, efetivamente, aproximação dos subpostulados (postulado da igualdade comunicativa, postulado da igualdade de fala, postulado da veracidade e sinceridade e postulado da correção de

163 SADEK, Maria Tereza Aina. A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil. Pesquisas no 4, São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 30.

normas) apresentados por HABERMAS para a fala ideal, valor buscado pelo ideal democrático e que o legitima, na visão de HABERMAS.

4 A FEDERAÇÃO COMO MECANISMO DE INTENSIFICAÇÃO DO STATUS ACTIVUS DE JELLINEK DO CIDADÃO

Dentro da doutrina de classificação dos direitos fundamentais destaca-se a teoria dos quatro *status* de GEORG JELLINEK. Esta teoria, para ROBERT ALEXY constitui-se em “*el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales*”.¹⁶⁴

Ademais, conforme anota JORGE MIRANDA, a classificação de JELLINEK corresponde aproximadamente ao *processo histórico de afirmação da pessoa humana e seus direitos*.¹⁶⁵

Segundo JELLINEK, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava, com este, pluralidade de relações denominadas “*status*”, razão pela qual a teoria de JELLINEK é, também, chamada “Teoria dos Quatro *Status*”.

A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação ao Estado. Esta é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status* passivo.

A segunda relação, o *status negativus*, corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto sua omissão como sua realização estão permitidas.¹⁶⁶

A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos, *status positivus*. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado tem obrigação de exercer determinadas tarefas. No dizer de

164 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 261.

165 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 3a. ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 85.

166 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 251.

PAULO BONAVIDES, “dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado (...). Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”¹⁶⁷

A quarta e última relação decorre da circunstância de que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação dos cidadãos.

Assim, com base na exposição de JELLINEK, os direitos fundamentais classificam-se em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

Sob esse enfoque, destacamos os chamados direitos de participação (*status activus* na classificação de JELLINEK e “direitos políticos” na classificação de JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES) como aspecto valorado pelo federalismo.

5 O MUNICÍPIO COMO MODELO ESTATAL OTIMIZADO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

O conceito de cidadania mostra-se inerente à ideia de participar, de atuar, de agir para construir o seu próprio destino. O que muda, ao longo dos tempos, é o grau e as formas de participação e sua abrangência.

Significativo é o estabelecimento de inter-relação do conceito de soberania com o de Direitos Humanos, não porque, originalmente, ambas as conceituações se identificassem, mas, porque, com o passar dos tempos, sua aproximação fica cada vez mais evidente, a ponto de chegarem a ser inseparáveis, atualmente, acarretando, a evolução de um, a implementação do outro.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6a ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 518.

Nesse sentido, o conceito clássico de “cidadão” está intimamente ligado à vida nas cidades. Assim, cidadão era aquele que morava na cidade e participava de seus negócios.¹⁶⁸

Era, destarte, aquele que podia ter acesso aos cargos públicos, constituindo, portanto, uma minoria, devido às discriminações aos estrangeiros e escravos. Por cidadania, entendia-se, pois, a qualidade de o indivíduo pertencer a uma comunidade, com todas as implicações decorrentes de se viver em sociedade.

Este conceito vai-se modificando, enriquecendo, chegando a ficar inseparável da democracia, isto é, atinge-se uma situação em que não existem cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos.¹⁶⁹ Nesse contexto, a autonomia municipal ressaltada no modelo federativo constitui-se, claramente, em mecanismo de incentivo à plena participação do indivíduo na coletividade.

No direito tedesco, relevante é a importância do município, consoante ensinamento de OTTO GÖNNENWEIN que afirma:

El Municipio ocupa un lugar especial entre las Corporaciones de Derecho público, en la medida en que le corresponde la esfera de competencia constitucionalmente garantizada y sustancialmente intangible, de la comunidad local.¹⁷⁰

A autonomia administrativa municipal significa o direito de os municípios regulamentarem todos os assuntos da comunidade local no âmbito das leis, de acordo com a sua própria apreciação, com recursos próprios e com a participação de uma representação democraticamente eleita da comunidade.

Essa forma de decisão política e de administração descentralizada constitui, destarte, o estágio da democracia que está mais próximo da esfera local e da vida do cidadão.

O processo de municipalização visa, sobretudo, transferir para mais perto do cidadão a maior quantidade possível de atribuições nas questões que lhe dizem mais diretamente respeito, sem que haja necessidade de

168 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. 1994, p. 1.

169 BARACHO, op. cit., p. 1.

170 GÖNNENWEIN, Otto. Derecho Municipal Aleman. Trad. de Miguel Saenz-Saganeta. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1967, p. 4.

participação ou interferência de outras esferas de poder. Na medida em que se aumentam as possibilidades de maior participação do cidadão nas questões político-administrativas, provoca-se maior engajamento dele, desperta-se-lhe o interesse, porque terá maior responsabilidade nestas questões. Ou seja, desperta e faz agir o sentimento de cidadania democrática, não apenas com o voto, mas, sobretudo, com a participação no processo de construção do Estado e da sociedade, por meio de canais amplos de comunicação entre os cidadãos e as diversas instituições privadas ou estatais.¹⁷¹

Igualmente, tomando-se em consideração o aspecto tribal, ou seja, de valorização dos vínculos socioculturais comuns entre as diversas pessoas que formam a comunidade, objetiva-se fortalecer estes vínculos, para que possam manter identidade própria, sem que sejam aniquilados por avassalador processo de globalização a que se encontram sujeitos alguns povos, na atualidade mundial.

Na Alemanha, por exemplo, a autonomia municipal¹⁷² está assegurada institucionalmente pela Lei Fundamental (Constituição). Assim, o art. 28, § 2º afirma o seguinte:

Aos municípios deve ser assegurado o direito de regulamentar todos os assuntos da comunidade local no âmbito das leis sob responsabilidade própria. As associações de municípios também têm o direito da autonomia administrativa, conforme a lei, na área das suas tarefas legais.

Assim, o Estado federativo alemão também fortalece o princípio democrático, possibilitando o engajamento político dos cidadãos no seu

171 Conforme assinala JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES. In Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro (Poder Municipal), tese de Doutorado, UFMG, 1996, p. 28.

172 A autonomia administrativa municipal, como expressão da liberdade cívica, tem tradição na Alemanha. Remonta aos privilégios das cidades livres da Idade Média, quando o direito cívico da população urbana libertou os homens das amarras da servidão feudal (“o ar da cidade torna-se livre”, dizia-se na época). Nos tempos recentes, a autonomia administrativa das comunidades está relacionada, em primeira linha, com as reformas do barão FREIHERR von STEIN, sobretudo o código das cidades, adotado na Prússia em 1808. A Lei Fundamental segue esta tradição. Ela garante, expressamente, a autonomia administrativa das cidades, comunidades municipais e distritos, dando-lhes o direito de regulamentar, a critério próprio, todos os assuntos da comunidade local, dentro da moldura traçada pelas leis. Todas as cidades, comunidades municipais e distritos devem estar organizados de forma democrática. O direito comunal é da competência dos estados; as constituições municipais diferem muito de Estado a Estados; isso também tem razões históricas. Mas a prática administrativa das comunidades é de igual natureza em todos os Estados da Federação.

entorno. A democracia torna-se mais viva quando o cidadão toma parte no processo político mediante eleições e votações, especialmente na área familiarizada do seu Estado.

No direito brasileiro, deve-se observar o Município antes e depois de 1988, ou seja, temos autêntica metamorfose desta pessoa jurídica de direito público, pois a Carta Magna de 1988 consagrou momento histórico em que ficaram asseguradas a autonomia municipal e a integração do Município à Federação.

No magistério de PAULO BONAVIDES:

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.¹⁷³ (grifo nosso)

Ora, está configurado que o constituinte realmente teve o desejo de estabelecer nova ordem a partir daquele momento.

No período anterior à Carta Magna de 1988, e nesse contexto incluía-se o Brasil como colônia até a Constituição autoritária de 1967/69, o Município não possuía autonomia; era objeto de controle dos partidos e dos coronéis, desvirtuando-se a sua finalidade nobre, para a qual foi concebido, como menor estrutura administrativa dentro da Federação e que deveria proporcionar o bem-estar a todos os administrados. Os interesses políticos não permitiam isso. Realmente, o que acontecia era o controle total do poder central sobre os Municípios, impedindo o desabrochar de um ente que teria sido criado para servir ao povo.

A Lei Maior vigente trouxe fato histórico que ainda não foi totalmente assimilado pelo povo, que é a autonomia municipal. Nesse sentido, PAULO BONAVIDES expressa:

Faz-se mister assinalar desse modo o significado decisivo, inédito e inovador que assume o art. 18 da Constituição vigente. Esse artigo inseriu o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, fazendo com

173 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 311.

que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.¹⁷⁴

Logo, o operador do direito precisa olhar o Município com as lentes confeccionadas em 1988, ou seja, uma pessoa jurídica autônoma, pujante, com diversas competências; enfim, gama incomensurável de atribuições *para servir à população e permitir a participação do cidadão na sua administração*.

A autonomia administrativa municipal é, simultaneamente, limitada e protegida pelo fato de o município ter competência técnica exclusivamente nos assuntos locais. Por um lado, o Município não pode avocar a si tarefas supralocais, invocando o direito de autonomia administrativa. Por outro lado, nem o governo federal nem os governos estaduais podem subtrair, aos Municípios, o direito de autonomia administrativa, esvaziando esta competência instituída na Lei nacional maior.

Ademais, conforme ensina HORST KANITZ: “A multiplicidade de centros de decisão e de ação investidos do direito da autonomia administrativa municipal ajuda a assegurar o espaço de liberdade para o cidadão”.¹⁷⁵ A unidade federativa menor pode corresponder melhor aos desejos e às necessidades dos seus cidadãos; tal correspondência promove a identificação do cidadão com a comunidade; contribui, destarte, para criar sentimento pátrio.

Continuando com suas ponderações, HORST KANITZ enumera as vantagens da autonomia administrativa municipal:

- A autonomia administrativa municipal:
- *faz o cidadão participar do cumprimento de tarefas locais;*
- *amplia a base da participação política;*
- *assegura o pluralismo nos vários níveis e na multiplicidade das unidades administrativas municipais;*

174 BONAVIDES, op. cit., p. 312.

175 KANITZ, Horst. “A autonomia administrativa municipal: a administração pública ao alcance do cidadão”. In O federalismo na Alemanha. Traduções, no 6, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 239. Publicado originalmente em Grundlagen praktischer Kommunalpolitik, vol. 1, 1994, ed. Günter W. Dill, Horst Kanitz, Konrad-Adenauer-Stiftung, Sankt Augustin.

- possibilita destarte solução de tarefas administrativas que esteja próxima da localidade e seja com isso palatável para os cidadãos; e
- ao mesmo tempo ela *reforça por meio da separação vertical dos poderes a restrição e o controle do poder político*, importantes para a preservação da democracia.¹⁷⁶ (grifo nosso)

Na mesma vertente, OTTO GÖNNENWEIN ensina que:

El Municipio alemán es una agrupación que descansa en los hombres que la componen. Es una agrupación con carácter de Corporación de Derecho público y, como tal, participa en la Administración pública.¹⁷⁷ (grifo nosso)

Ressaltando e detalhando o item da participação do cidadão no cumprimento de tarefas locais como direito-dever, PETER MICHAEL MOMBAUR ensina:

Quem possui direitos, tem, portanto, também o dever de contribuir para que todos possam possuir o mesmo direito. A circunstância de que os direitos e os deveres estejam ligados logicamente um ao outro, de que o direito só tenha chances de existência onde os deveres que as possibilitam sejam respeitados, era – como muitas outras coisas fundamentais – sem dúvida muito mais palpável, compreensível, evidente e, portanto, vivenciável na cidade pouco populosa e cercada de muros da Idade Média: quem não contribuísse para o trabalho de escavação não podia esperar usufruir da proteção do muro da cidade; quem não participasse da defesa do muro enfraqueceria a defesa como um todo e, conseqüentemente, o pressuposto de seus direitos.¹⁷⁸

Assim, verifica-se, em um Estado Federal, que o *status activus*, direito de participação, mostra-se, também, como um dever de participação do indivíduo na comunidade, conforme explica MOMBAUR, citando o Código Municipal da Renânia do Norte-Vestfália:

(...) os cidadãos (municípios) são obrigados a assumir por um prazo determinado, paralelamente ao exercício de sua

176 KANITZ, Horst. “A autonomia municipal: a administração pública ao alcance do cidadão”. In O federalismo na Alemanha. Traduções, no 6, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 239.

177 GÖNNENWEIN, Otto. Derecho Municipal Aleman. Trad. de Miguel Saenz-Saganeta. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1967, p. 3.

178 MOMBAUR, Peter Michael. “Direitos e deveres do cidadão”. In O federalismo na Alemanha. Traduções, no 7, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 213. Publicado originalmente em Im Dienste der Bürger – Politik für die Gemeinden, ed. Adolf Herkenrath, Kommunal-Verlag, Düsseldorf, 1993.

profissão, um conjunto de tarefas administrativas para o município (...). Nesse caso, deve ser expedido um título de nomeação, do qual devem constar as palavras sob convocação na função pública como funcionário honorário. Alguns exemplos de cargos honoríficos são:

- Administradores locais em povoações (distritos) de municípios pertencentes à comarca podem ser incumbidos do cumprimento de determinadas tarefas da administração corrente para a região de sua povoação;
- Diretores municipais, tesoureiros ou adjuntos honorários; e
- Encarregado da proteção de monumentos.¹⁷⁹

Portanto, o cumprimento de deveres perante a comunidade é a condição lógica para a concessão de direitos perante a comunidade. *Os direitos apenas podem existir e ser preservados, quando os deveres fundamentais forem cumpridos com seriedade.*¹⁸⁰

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. Saraiva: São Paulo, 1994.

BICKEL, Alexander M. **A Ética do consentimento**. Trad. Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Agir, 1978.

179 MOMBAUR, Peter Michael. "Direitos e deveres do cidadão". In O federalismo na Alemanha. Traduções, no 7, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 219. Publicado originalmente em In Dienste der Bürger – Politik für die Gemeinden, ed. Adolf Herkenrath, Kommunal-Verlag, Düsseldorf, 1993.

180 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6a ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 547, assinala: "A idéia de deveres fundamentais é susceptível de ser entendida como o outro lado dos direitos fundamentais. Como ao titular de um direito fundamental corresponde um dever por parte de um outro titular, poder-se-ia dizer que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental. Neste sentido, um direito fundamental, como protegido, pressuporia um dever correspondente". Exemplificando, o consagrado constitucionalista português afirma: "o dever de defesa do ambiente (art. 66, §1o) relacionado com o direito ao ambiente". Completando o seu raciocínio, entretanto, destaca que, ao lado de deveres conexos com direitos fundamentais, existem também deveres autônomos (exemplo: o dever de pagar impostos, dever de recenseamento, dever de defesa da pátria etc).

- BOBBIO, Norberto. **A crise da democracia e a lição dos clássicos**. In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 170, ano 40, out./dez., Brasília: Ministério da Justiça, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- GÖNNENWEIN, Otto. **Derecho Municipal Aleman**. Trad. Miguel Saenz-Saganeta. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1967.
- HAMILTON Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787 – 1788**. Trad. Maria Luiza X. de A Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- KANITZ, Horst. **A autonomia municipal: a administração pública ao alcance do cidadão**. In *O federalismo na Alemanha*. Traduções, nº 6, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.
- LAUFER, Heinz. **Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo**. In *O federalismo na Alemanha*. Traduções, nº 7, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro (Poder Municipal)**, tese de Doutorado, UFMG, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª. ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra, 1991.
- MOMBAUR, Peter Michael. **Direitos e deveres do cidadão**. In *O federalismo na Alemanha*. Traduções, nº 7, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.
- PAINE, Thomas. **O senso comum e a crise**. Trad. Vera Lúcia de Oliveira Sarmiento, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- SADEK, Maria Tereza Aina. **A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. Pesquisas nº 4, São Paulo: Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.
- SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. **Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- WHEARE, K.C. **Federal Government**. 4ª ed, London: Oxford University Press, 1963.