

*Fernanda Abreu de
Oliveira*

Direitos Humanos

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

noções centrais, aporias e regra
contramajoritária



**DIREITOS HUMANOS,
DEMOCRACIA
E CONSTITUCIONALISMO:**

*noções centrais, aporias e regra
contramajoritária*

Fernanda Abreu de Oliveira



Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Reitor

Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Vice-Reitora

Fátima Raquel Rosado Moraes

Diretora de Sistema Integrado de Bibliotecas

Jocelânia Marinho Maia de Oliveira

Chefe da Editora Universitária – EDUERN

Anairam de Medeiros e Silva

Conselho Editorial das Edições UERN

Emanuel Márcio Nunes

Isabela Pinheiro Cavalcante Lima

Diego Nathan do Nascimento Souza

Jean Henrique Costa

José Cezinaldo Rocha Bessa

José Elesbão de Almeida

Ellany Gurgel Cosme do Nascimento

Wellington Vieira Mendes

Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Direitos Humanos Democracia e Constitucionalismo: noções centrais, aporias e regra contramajoritária. /

Fernanda Abreu de Oliveira – Mossoró – RN: EDUERN, 2020. 256p.

ISBN: 978-65-991344-3-2 (E-book)

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia. 4. Cnstitucionalismo. I - Oliveira, Fernanda Abreu de. II - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/BC

CDD 341 481

2020 Edições UERN

Fernanda Abreu de Oliveira

Direitos Humanos, Democracia e Constitucionalismo: noções centrais, aporias e regra contramajoritária

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, gravação ou de outra forma, sem a permissão prévia do editor ou de acordo com as disposições dos direitos autorais.

Publicado por: Edições UERN

Design por: *Fernanda Abreu de Oliveira*

ISBN: 978-65-991344-3-2 (E-book)

Edições UERN

Rua Almino Afonso, 478 - Centro

Mossoró/RN CEP: 59.610-210

Sumário

Introdução.....	8
Capítulo 1: DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL, PARADOXOS E FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS.....	14
1.1 A ABSTRAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS APORIAS.....	14
1.1.1 O conceito e o conteúdo dos direitos humanos.....	14
1.1.2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: semelhanças e diferenças.....	24
1.2 OCORRÊNCIAS E CONCEPÇÕES HISTÓRICAS..	33
1.2.1 Da origem jusnaturalista de inspiração clássica greco-romana às Declarações de Direitos.....	33
1.2.2 As fases de universalização, internacionalização e especificação.....	47
1.3 A PERCEPÇÃO CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS NAS ÓTICAS DO UNIVERSALISMO E DO POSITIVISMO GLOBALIZANTES.....	57
1.3.1 Historicismo, positivismo e globalização: por uma leitura crítica e sustentável dos direitos humanos.....	57
1.3.2 Universalismo <i>versus</i> Relativismo e Direitos Humanos: da contraposição extremada à gradação conciliado-	

ra.....	72
Capítulo 2: DEMOCRACIA E DIRETOS HUMANOS: A LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER POPULAR.....	82
2.1 AS FORMAS DEMOCRÁTICAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	82
2.1.1. O conceito de democracia e suas aporias.....	82
2.1.2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a assim nominada “Cláusula da Sociedade Democrática”.....	91
2.1.3. A democracia e a questão da atribuição nominal do poder: o povo enquanto instância de atribuição global de legitimidade.....	100
2.2 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE: A REGRA CONTRAMAJORITÁRIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	113
2.2.1 Democracia e sociedade civil: participação e soberania popular na vertente humanista.....	113
2.2.2 Democracia e regra majoritária: a legitimidade contramajoritária.....	135
Capítulo 3: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO.....	152
3.1 O CONSTITUCIONALISMO PRÉ-MODERNO E A INDIFERENCIAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO ES-	

TADO.....	152
3.2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E LIBERAL DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	164
3.3 O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO DO ESTADO SOCIAL EM GÊNESE NA REALIDADE LATINO-AMERICANA E BRASILEIRA.....	174
3.4 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL EM FACE DO ESTADO SOCIAL.....	187
3.4.1 O neoconstitucionalismo: gênese e questões conceituais introdutórias.....	187
3.4.2 Neoconstitucionalismo, constitucionalismo global e democracia.....	202
3.5. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO NA REALIDADE BRASILEIRA.....	219
3.5.1 A legitimidade adequada à salvaguarda do estado social no Brasil.....	219
3.5.2 O Brasil e o Estado social à luz da revisão da constituição dirigente em J. J. Gomes Canotilho....	230
Considerações Finais.....	241
Referências.....	250

Introdução

Este livro é composto pelos três primeiros capítulos de minha dissertação de mestrado, concluída no ano de 2014 junto à Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Norte – UFRN. Hesitei por muito tempo em submetê-la a publicação: ora acreditava que os elementos nela contidos poderiam não ostentar importância exceto para os estudiosos já inveterados dos Direitos Humanos, da Democracia e da Jurisdição Constitucional, ora vislumbrava nela um texto muito extenso, ora sentia que desdobrá-la, a despeito das sugestões recebidas nesse sentido, poderia fazer com que o texto perdesse em coerência e sentido.

O que me fez mudar de ideia de 2014 para cá? Acho que, especialmente, a intensidade com que me dediquei à docência e, a partir de 2018, a outras formas de comunicar o direito para além do exercício compositivo de peças processuais. Também os vários contextos de acirramento político-social que tenho presenciado no Brasil e nas notícias que nos advêm do mundo fizeram-me perceber que, independentemente do tempo de vida em civilização que tenhamos, será sempre necessário estudar, pesquisar, ensinar e difundir os conceitos centrais e as aporias e dialéticas próprias dos Direitos Humanos, do Constitucionalismo, da Democracia e da Regra Contramajoritária, só para citar os elementos-chave desses três capítulos em questão.

Até então acreditava já ter se tornado bastante óbvio para a nossa civilização que democracia é um algo para muito além da simples regra da maioria e que o pluralismo e a diferença são elementos sem os quais o Estado Democrático e Constitucional de Direito não sobrevive. Enganei-me. E, por tal, como advogada e professora, não me resta senão ofertar ao debate os instrumentos de trabalho de que disponho: as palavras oriundas de minhas pesquisas, no afã de que elas sirvam, em alguma medida, à defesa de uma forma particular de existir, na democracia, no pluralismo, na diferença.

Os elementos postos adiante são o alicerce de minha pesquisa de mestrado. E, em minha forma de enxergar o fenômeno jurídico, não há meio de se compreender o Estado Democrático de Direito e os fundamentos centrais de qualquer ordenamento jurídico sem conhecer minimamente tais elementos-chave.

Assim, como já dito, decidi destacar os três capítulos iniciais dos três últimos capítulos, construindo um material à parte, principalmente para não perder de vista essa centralidade e a necessidade de assimilar esses elementos-chave para o estudo de quaisquer mecanismos, instrumentos ou institutos jurídicos, partindo-se da consciência essencial de que a Constituição de um país é um documento que jamais será exclusivamente jurídico, comportando aspectos políticos, sociais, econômicos, culturais, tantos quantos comporte o arranjo societário ao qual tais aspectos servem.

Para trazer à tona a discussão proposta, o texto apresentado encara os direitos humanos em face da severa abstra-

ção conceitual e das aporias que os anima, procedendo à sua diferenciação em face dos assim nominados direitos fundamentais; isto para logo adiante rememorar as principais ocorrências e concepções históricas desses direitos a partir das suas fases evolutivas.

Uma percepção crítica de tais direitos posta no capítulo 1 deixa evidente, aliás, que essa evolução não conduz consigo os enganos próprios do determinismo historicista, já que não se ignora os avanços e retrocessos que a história dos direitos humanos contempla. Ao ensejo disto, o historicismo, o positivismo e a globalização são analisados enquanto elementos integrantes do contexto onde estão inseridos os direitos humanos, apontando-se uma visão crítica e sustentável de tais direitos à base de uma proposta conciliadora entre o universalismo e o relativismo que permeiam as discussões humanistas.

Adiante, no desenrolar de um segundo capítulo, a democracia e os direitos humanos são postos à prova da legitimidade oriunda do poder popular, sendo as várias acepções da democracia abordadas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se de uma consideração detida acerca do conceito de democracia e das contradições e acepções várias que o acompanham, com destaque particular para assim chamada “cláusula da sociedade democrática” inscrita nos documentos internacionais de direitos humanos. Ainda, centraliza-se igualmente a abordagem do conceito de povo enquanto “instância de atribuição global de legitimidade”, sob inspiração das ideias de Friedrich Müller.

Inicia-se a partir daí o destacamento da assim chamada regra contramajoritária, que aproxima a democracia dos direitos humanos, testificando que não se resume o fenômeno democrático à regra da maioria que, a rigor, o instrumentaliza. Aliada à percepção democrática de povo, promove-se à oportuna consideração do papel da sociedade na construção das democracias, destacando-se o aspecto participativo e de exercício soberano decorrente dessa postura.

Constrói-se também um capítulo 3, onde as vertentes do fenômeno constitucionalista são tratadas em relação aos modelos de Estado historicamente verificados, com destaque para o Estado Social e o Estado democrático de direito, considerados em sua complementaridade contemporânea. Na abordagem do assim chamado “neoconstitucionalismo”, para além das questões histórico-conceituais, busca-se delinear as bases de um constitucionalismo global e pluralista, onde se registra a necessidade de manutenção do Estado social para fins de condução pátria de uma democracia real. Para levar a cabo tal atividade, são procedidas as devidas análises e críticas à reformulação da teorização da “constituição dirigente” por parte de seu criador, o Prof. português J. J. Gomes Canotilho.

A postura epistemológica predominante no trabalho abordado e que serve de referência para a análise das categorias estudadas, remete à teoria formal-pragmática do direito, a qual se constitui em uma tendência, ainda não de um todo consolidada, de se proceder à abordagem do direito de maneira interdisciplinar. A finalidade é a construção de uma cultura jurídica cuja referência central é a democracia, inserindo-se o

jurista na busca contínua e necessária à construção do Estado democrático de direito, o que se procede especialmente a partir do estabelecimento de um forte elo de ligação entre a descrição textual-legislativa e a realidade.

Tal trabalho foi mantido exatamente como pesquisado e construído no ano de 2014, refletindo tal circunstância, o que, para mim, só vem reforçar a certeza de que a centralidade das categorias estudadas é atemporal.

Boa leitura!

Fernanda Abreu de Oliveira

Mossoró, 08 de maio de 2020

Em isolamento social, por força do Covid-19

Plurala-
Diferen-
Pluralismo
Diferença
Dife-
Pluralismo
Dife-

Capítulo 1

DIREITOS HUMANOS:
ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL,
PARADOXOS
E FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Pluralism
Diferença
Diferen-
Diferença
Pluralismo
Diferença
Dife-

Capítulo 1: DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE HISTÓRICO-CONCEITUAL, PARADOXOS E FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS.

1.1 A ABSTRAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS APORIAS

1.1.1 O conceito e o conteúdo dos direitos humanos

Elegendo-se uma forma tanto mais ampla quanto mais difusa de abordar a temática proposta, pode-se dizer que, hodiernamente, os direitos humanos correspondem a um conjunto de direitos reconhecidos internacionalmente como indispensáveis à dignidade humana. Seu conteúdo compõe, por assim dizer e a par de sua importância inquestionável, o núcleo essencial de prerrogativas e garantias titularizadas pelo indivíduo a partir única e exclusivamente de sua condição humana, o que faz de cada pessoa um sujeito de direito interno e de direito internacional, concomitantemente.

Uma ideia assim desenhada apresenta tamanha magnitude e tanta amplitude cognitivo-pragmática que não serve apenas aos Estados-nação, nem se alia apenas à percepção do poder enquanto elemento interno às nações. Ela foge aos constitucionalismos convencionais de feição fronteira para lançar voo alto, permeando as mais novas construções da globalidade virtual. Impõe que se revise a soberania estatal, não lhe escapando sequer a famosa regra da maioria que por vezes parece manter com a democracia uma simbiose imperturbável.

No entanto, a boa justiça ordena a advertência de que a temática repousa, em verdade, sobre uma brandura meramente aparente. Ser-lhe-ia subjacente um consenso – acusado de nefasta obtenção a fórceps - que já se diz impossível e até mesmo indesejável.

É que os direitos humanos avizinham-se de categorias essenciais da contemporaneidade social e estatal e, a par das muitas atribuições e dos tantos laços que lhe são impostos, além de conviverem eles com suas próprias dificuldades, acabam por assimilar as muitas aporias e os tantos paradoxos experimentados por seus ilustres vizinhos, quais sejam, especialmente, o constitucionalismo, o Estado e a democracia.

Eles inscrevem em seus anais um condensado singular de promessas que perpassam a história do constitucionalismo, do Estado e da democracia. Transcrevem para a linguagem dos direitos e da titularidade destes não apenas aspectos comuns da vivência humana, mas particularmente os elementos e critérios essenciais dessas mesmas categorias que com eles interagem.

Sua formação, portanto, lhes garante um potencial simbólico ímpar, visto este sob a ótica dos elementos de justificação de sua sedimentação e também sob o manto do caráter prescritivo de seu conteúdo, com potencial para a satisfação por meio de todo o aparato estatal – e, até mesmo supraestatal.

Na contemporaneidade, a especial conformação dos direitos humanos lhes sujeita a um paradoxal fenômeno: encontram-se eles em seu apogeu, o que não lhes afasta dos sérios problemas que causam. Quanto ao primeiro aspecto, é cediço que “jamais o conceito de direitos humanos foi tão bem cotado”, exceto, talvez,

no final do Século XVIII e quando da queda de Hitler. Hoje, se diz que eles “estão instalados; impensável desalojá-los”.¹

Nada obstante, a questão não para por aí, especialmente porque a atual crise atravessada pelo Estado e pelas demais categorias aliadas a tais direitos tem posto em dúvida o potencial prescritivo, a eficácia e, por vezes, o próprio simbolismo que permeiam a sua história.

A para disto, são muitos os que dizem que tal fenômeno passa por uma explicação de caráter histórico, o qual se poderia compreender a partir da percepção de tais direitos como produtos da modernidade, ao menos no que toca à sua atual configuração. Segundo Villey, o idealismo próprio da filosofia moderna insere no lugar de Deus o progresso enquanto ídolo, cuja funcionalidade é garantir a fruição e a felicidade gerais, o que corresponde a um mito iluminista e ao fim da política moderna. A realização de tal felicidade, destarte, sendo confiada ao Estado, é por este instrumentalizada a partir de leis cujos elementos centrais não são outros senão os direitos, dentre os quais se destacam os direitos humanos.²

O problema estaria, destarte, nas promessas instauradas pela modernidade e pelo sentido progressista e determinante que

1 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos* (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 2.

2 Acerca disto diz o autor: “E quanto aos meios, a fim de ordenar de modo mais ‘racional’ o trabalho dos cientistas e dos técnicos, e de melhor explorar seus frutos, nosso mundo depositou sua esperança na grande máquina estatal desenhada por Hobbes – o Deus terrestre, Leviatã. Daí em diante, toda a ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis. É o positivismo jurídico, filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos jurista que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca da justiça”. (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, p. 2/3).

lhe fez coro, os quais estariam postos para além das possibilidades titularizadas pelo Estado e, destarte, pela própria sociedade, desaguando em uma crise causada pela percepção contemporânea dessa mesma insuficiência.

Histórica e filosoficamente, segundo Douzinas³, desde que instaurada a modernidade, “a legitimação da razão é encontrada na promessa de progresso exposta em filosofias da história”, numa estruturação contemporaneamente desconstruída pelo cinismo pós-moderno. Essa desconstrução teria conduzido ao esfacelamento do universalismo e da coerência creditadas aos direitos humanos em sua fase de sedimentação, literalmente:

Na pós-modernidade, a ideia de história como um processo singular unificado que se move para o objetivo da libertação humana não é mais verossímil, e o discurso dos direitos perdeu sua coerência e seu universalismo iniciais. O disseminado cinismo popular em relação a reivindicações de governos e organizações internacionais sobre os direitos humanos foi compartilhado por alguns dos maiores filósofos políticos e jurídicos do Século XX.

De fato, a vivência de uma época de “incertezas e confusão entre triunfo e desastre” impõe uma reavaliação da “tradição dos direitos humanos” e, mesmo ante o alegado apogeu de tais direitos, é imperativo também que se questione a “promessa de emancipação da humanidade por meio da razão e da lei”. Queixam-se os críticos dos direitos humanos da impossibilidade de se transportar completamente “as relações de poder” para a “lingua-

3 DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009, p. 24/25.

gem da lei e dos direitos” e do grau de indiferença que a teoria do direito tem apresentado diante de tal limite. ⁴

A nosso sentir, aliás, essa é uma questão que bem explicita as dificuldades enfrentadas pelo direito em suas estreitas relações com a política e com os demais sistemas sociais, numa abordagem que merecerá especificação doravante. Basta agora que se diga o quão é claro para a contemporaneidade social a insubsistência de promessas vinculadas a uma suposta neutralidade do direito e de suas práticas, sendo certo que isso tem sido parte de uma crise que arrasta consigo os direitos humanos, o Estado, o constitucionalismo e a democracia.

O problema é, claramente, contextual, e permeado por entrelaçamentos e dinâmicas que, em geral, obedecem a critérios variantes, tornando dificultosa sua sistematização. No entanto, é possível dizer-se de uma queixa generalizada quanto à perda do potencial revolucionário e dissidente dos direitos humanos, como a se anunciar certa “domesticação” de seu conteúdo e de seu uso a partir da própria documentação internacional que lhes emprestou sistematização. ⁵

4 “Estamos sempre enredados em relações de força e reagimos às exigências do poder que, como Foucault argumentou convincentemente, são colocadas em prática e estão disfarçadas em formas jurídicas. Conflitos militares e confusões financeiras recentes têm mostrado que as relações de força e as lutas políticas, de classe e nacionais adquiriram uma importância ainda mais abrangente em nosso mundo globalizado. Enquanto isso, a democracia e o Estado de Direito são cada vez mais usados para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua. De fato, uma das razões da impressão de irrealidade, da qual os estudiosos do Direito tanto reclamam, transmitida pela jurisprudência normativa, é que ela tem total desprezo pelo papel da lei na manutenção das relações de poder e desce a minúcias em exegeses e apologias desinteressantes da técnica jurídica”. (DOUZINAS, Costas. O FIM dos Direitos Humanos, p. 25).

5 “Na época em que surgiram, seguindo a tradição radical do Direito Natural, os direitos humanos eram um fundamento transcendente da crítica contra o que é opressivo e do senso-comum. Nos anos 1980 também, na Polônia, na Tchecoslováquia, na Alemanha Oriental, na Romênia, na Rússia e em outros lugares, a expressão “direitos humanos” adquiriu mais uma

Nesse sentido, não se pode concordar com a qualificação dos direitos humanos enquanto “mito realizado das sociedades pós-modernas”⁶. Primeiro porque os mitos conduzem consigo a triste pecha da incompatibilidade com a verdade; e, para se analisar a questão com a devida justiça, é de ver que o desencontro havido entre a teoria e a prática dos direitos humanos não autorizaria tal extremo, especialmente considerado o caráter deôntico do direito. Segundo, a excluir-se o termo mito, deparar-se com a eventual realização desses mesmos direitos alcançaria outro extremo, este incondizente com a realidade, especialmente na atual conjuntura que aponta para as insuficiências de um Estado Social que sequer restou ainda concretizado na América Latina e, particularmente, no Brasil.

Que as apologias do liberalismo devem ser expurgadas de toda e qualquer leitura dos Direitos Humanos e que são necessárias “estratégias políticas e princípios morais que não dependam exclusivamente da universalidade da lei, da arqueologia ou do imperialismo da razão”, concorda-se, embora que com algumas ressalvas terminológicas e outros vários condicionantes adiante especificados. Mas é difícil, hoje, especialmente no âmbito do constitucionalismo pátrio, falar-se em “arrogância autossatisfeita dos Estados”, exceto quando se percorre um caminho exclusivamente teórico, onde se percebe claramente a mantida pressuposição de autossuficiência dos Estados nacionais.

vez, por um breve momento, o tom de dissidência, rebeldia e reforma associado a Tomas Paine, aos revolucionários franceses, ao movimento de reforma e aos antigos movimentos socialistas. Logo, no entanto, a redefinição popular dos direitos humanos foi abafada por diplomatas, políticos e juristas internacionais que se reuniram em Viena, Pequim e outras festas dos direitos humanos a fim de reaver o discurso das ruas para os tratados, as convenções e os especialistas”. (DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, p. 25).

6 Expressão empregada por DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 25.

Mas o fato é que não é apenas a crise estatal e seus conseqüências lógicas que fazem com que os direitos humanos percam em densidade teórica e pragmática. Algumas características centrais de tais direitos, ao mesmo tempo em que lhes permitem a universalização – entendida em termos, como posto doravante – também lhes contrapõem à multiplicidade e à complexidade da realidade contemporânea.

É que, *exempli gratia*, tratam-se também direitos que vêm sendo identificados e reconhecidos, em maior ou menor grau, ao longo da história. Isso significa que se torna inviável a assunção de uma eventual tarefa enumerativa de seu conteúdo. Seu surgimento a partir de condicionantes temporais e não perpétuos faz inviável uma enumeração que confira à teoria desses direitos um sistema pronto e acabado, com elenco *numerus clausus*.

Foi Norberto Bobbio⁷ que tratou de fixar doutrinariamente a historicidade dos direitos humanos, tendo ele ainda - para muitos - lançado ao terreno da inocuidade a larga discussão havida em torno de qual seria o fundamento de tais direitos. Segundo ele, a maior problemática que passou a cercar esses direitos não seria a questão de sua natureza ou fundamentação, mas sim a identificação dos elementos necessários à sua transposição para o mundo real, numa visão pragmática da questão, notadamente compatível com o momento em que exarada tal concepção.⁸

7 *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

8 Disse o doutrinador a respeito da necessidade de se identificar os meios de realização dos direitos humanos, literalmente: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mais sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 17).

E um dos indicativos dessa impossibilidade de se atribuir aos direitos humanos um fundamento único e absoluto consubstanciar-se-ia, exatamente, na conhecida imprecisão conceitual da expressão “direitos humanos”. Aliás, dentro de tal teoria, a complexidade conceitual é apenas a primeira das várias dificuldades relacionadas a essa impossibilidade. Tem-se aí seu caráter histórico e a inviabilidade de se chegar a um consenso quanto ao conteúdo desses direitos, exceto através da adoção de fórmulas demasiado genéricas.⁹

De fato, estabelecer um conjunto conceitual que consiga abrangar toda a gama de direitos atualmente reconhecidos como de titularidade humana, fixando critérios que permitam identificar esses mesmos direitos em quaisquer sistemas que os expresse, é tarefa árdua, inviável sem que se tenha de apelar para um grau de abstração extremo.

9 Isso só seria possível com emprego de um grau de abstração que só terá como sorte a convolução em novo problema no momento em que for promovida sua aplicação. Para o autor, ainda: *“Essa ilusão já não é possível hoje; toda a busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada. Contra essa ilusão, levanto quatro dificuldades (e passo assim ao segundo tema). A primeira deriva da consideração de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. O acordo é obtido, em geral, quando os polemistas – depois de muitas concessões recíprocas – consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições que são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação”.* (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 17).

Esse vasto conjunto de direitos, destarte, é produto de uma consolidação temporal que se inicia em paralelo à própria história, embora sua sedimentação se deva à modernidade. Noutra vertente, esses mesmos direitos desde muito estão na base das sociedades humanas, o que lhes garante uma multiplicidade impassível de aprisionamento em um sistema conceitual hermético.

Douzinas¹⁰, por exemplo, admite a possibilidade de se analisar criticamente os direitos humanos por uma perspectiva liberal e por outra não liberal, desde que isso seja feito a partir da consideração de seus elementos centrais, que seriam o ser humano, o sujeito, a pessoa jurídica, a liberdade, o direito etc. No entanto, nega o autor qualquer possibilidade de se estabelecer uma teoria geral acerca de tais direitos, embora se possa encontrar pontos comuns na doutrina especializada do tema.

Isto, no entanto, não se constitui em empecilho à fixação dos elementos que, em termos gerais, são tidos como essenciais à noção de “Direitos Humanos”, tanto que, a despeito das dificuldades aqui postas, iniciou-se o presente item definindo essa categoria de direitos a partir de componentes que, em dias atuais, se tem como indissociáveis de seu conteúdo e de seu arcabouço genético.

O primeiro e principal desses componentes é a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, atrai a necessária consideração do homem como titular de direitos decorrentes de uma única condição: sua humanidade, indistintamente. O reconhecimento dessa condição, concomitantemente, eleva o ser humano

¹⁰ *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 22.

à titularidade de direitos internacionalmente reconhecidos, o que tem por finalidade protegê-lo dos abusos cometidos inclusive pelo próprio Estado que ele integra.

Bem se sabe, de conformidade com a análise cronológica doravante desenvolvida, que essa proteção supranacional decorreu das necessidades históricas advindas das barbáries geradas durante as duas grandes guerras mundiais, sendo tal proteção responsável pelo desencadeamento de um processo de reconhecimento e sedimentação dos direitos humanos, processo esse que é estudado, principalmente, a partir das reconhecidas fases de universalização e internacionalização desses direitos.

Assim, o intento conceitual aqui posto é, por um lado, enfatizar esses elementos centrais da temática sob discussão, buscando-se, em outra vertente, alertar para a amplitude do tema, que determina uma clara impossibilidade de conceituação precisa dos direitos humanos, a não ser que venha esta a englobar tão somente alguns dos vários condicionantes do tema.

Esse alerta, no entanto, se bem realizado, não pode resumir-se à eleição de uma fórmula genérica que açambarque todas as possíveis conotações da expressão “direitos humanos”, ignorando-se as aporias e paradoxos que a temática carrega consigo. Tão logo assimilados esses direitos pelo positivismo de feição liberal e moderna, sua eficácia, sua função legitimante e toda sua simbologia, postas tantas vezes a serviço da globalidade capitalista, têm sido objeto de sérios questionamentos.

A situação agrava-se com as dificuldades contemporâneas de uma sociedade supercomplexa, difusa, onde o dissenso parece ser a única regra sem exceções, desafiando categorias

estatais desde muito sedimentadas e dogmatizadas sob o manto da segurança jurídica e do consenso social.

Assim, no presente esforço de pesquisa, preserva-se a conceituação ampla dos direitos humanos, fazendo, no entanto, uma justa contrapartida às dificuldades que tal grau de abstração permite. Trata-se de uma abstração que reside no limite entre o excesso e a necessidade, impondo sempre a intermediação razoável e certa de seu aplicador no intento justo de realizar o encontro adequado entre a idealidade da abstração e os mandamentos da realidade.

1.1.2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: semelhanças e diferenças

A consideração de uma visão ampla dos direitos humanos, na esteira do que apreendido acima, apresenta algumas implicações que, por não serem auto evidentes, merecem o devido esclarecimento. Fixada uma noção conceitual que tem como busca central a salvaguarda dos elementos centrais da temática humanista e que, por isto mesmo, possui alto nível de abstração, cabe ainda proceder-se a uma análise distintiva que justifique a eleição da expressão “direitos humanos” para ser utilizada de forma exclusiva neste trabalho.

Não se ignora que a expressão preferida pelos doutrinadores e juristas pátrios em geral evoca os assim chamados “direitos fundamentais”, embora terminologias as mais distintas sejam empregadas de forma indiscriminada, tais quais “direitos do ho-

mem”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos civis” etc., numa miscelânea terminológica nem sempre justificada pelos seus usuários.

A diversidade de tal tratativa é tanta que há quem atribua essa “confusão terminológica” a uma certa “vontade egoística de autores” preocupados apenas com o uso exclusivo e supostamente inovador desta ou daquela expressão.¹¹ Aliás, um dos posicionamentos mais conhecidos em nossa doutrina acerca da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais nos é informado por Sarlet¹², que situa os direitos fundamentais dentro da seara constitucional interna, limitando-os ao rol de direitos positivados pela Constituição. Os direitos humanos, por sua vez, seriam os direitos protegidos por documentos de cunho internacional. Literalmente:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada

11 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho & DIMOULIS, Dimitri. *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

O próprio autor¹³, no entanto, reconhece que, na medida em que os destinatários dos direitos fundamentais serão sempre seres humanos, não se pode negar que são eles também direitos humanos. No entanto, enfatiza que não se tem na diferenciação dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” uma questão simplesmente acadêmica, mas de necessidade distintivo-terminológica que se relaciona especificamente com a normatização desses direitos.

A distinção parece carregar consigo a pré-noção de que os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem origens distintas, remetendo-se os primeiros às constituições nacionais e os outros ao direito das gentes ou *ius gentium*. Essa defesa é qualificada por Pagliarini¹⁴ como “má-doutrina”, explicando ele que a inveracidade da distinção é atestada pelo uso da expressão “direitos humanos” na Constituição do Brasil e em muitas outras mais. Assim, o uso de tal conjunto verbal pertenceria à “tradição constitucional” e não ao direito internacional público ou especificamente ao direito internacional dos direitos humanos. Por outro lado, a ideia que remete o termo “direitos fundamentais” ao exclusivo uso do direito interno ignoraria seu emprego por importantes documentos internacionais, a iniciar-se pela Carta Europeia de Direitos Fundamentais, um dos mais importantes documentos normativos dos direitos humanos.

¹³ *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 35.

¹⁴ *Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos*, p. 45.

Outra pré-noção que parece ser conduzida pela distinção tratada diria respeito à negativa de valor jurídico aos direitos humanos não positivados nas ordens internas constitucionais, destacando-se um papel fraco dos documentos internacionais, ditos desprovidos de sanções necessárias. Sendo contrário à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, Pagliarini denuncia como falaciosa essa perspectiva, afirmando que “as Declarações internacionais não são ‘meros’ pedaços de papel e são plenamente aplicáveis tanto no contexto do Direito das Gentes quanto no dos Estados nacionais”.¹⁵

Na atualidade, especialmente em Estados que enfrentam amplas dificuldades quanto à consolidação do Estado Social – fenômeno nominado por alguns de “modernidade tardia” -, a leitura de uma possível “nova ordem mundial” se perfaz enquanto tendência de dificultosa realização, necessitando-se fazer uma análise calculada e cuidadosa dos fenômenos integracionistas. Embora a proeminência e a importância dos direitos humanos estejam inseridos numa visão de integração entre o direito constitucional e o direito internacional, tal como sugerido de forma epigrafar por Pagliarini, não se perfilha uma posição que permita falar-se, desde já, de uma fusão entre esses dois importantes ramos do direito – sob menção acima.

¹⁵ Conforme o autor: “[...] é assim que tem sido construído o conceito de *jus cogens* no campo dos Direitos Humanos como significante de regras cogentes de DIP, principalmente no que se refere às normas humanitárias, e é deste modo que vão se amalgamando o Direito Internacional e o Direito Constitucional num só Direito Internacional Constitucional estruturante de uma nova ordem mundial e proclamadores de Direitos Humanos Fundamentais”. (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos*, p. 45).

As especificidades da realidade brasileira e latino-americana - longe de se advogar uma defesa irrestrita de localismos autocentrados - merecem o devido cuidado analítico, assim como impõem a proteção contra importações acríicas de teorias, preceitos e institutos sociojurídicos. Nesse caso, da mesma forma que uma separação conceitual extrema e irrestrita pode conduzir à projeção de preconceitos inconcebíveis, como o que advoga a inservibilidade dos direitos humanos do ponto de vista positivo, também o emprego de uma terminologia indiferenciada pode conduzir a universalismos acríicos ou apologéticos de uma ordem internacional ainda não estabelecida em efetivo.

Aliás, inclusive para se dizer das aproximações entre os direitos previstos na ordem interna e aqueles prescritos pela ordem internacional, o próprio Pagliarini emprega as expressões distintivas que analisa, embora finalize procedendo a uma opção pelo termo direitos humanos fundamentais.

Mas o fato é que, geralmente, as ordens internas realmente dão preferência ao uso da expressão “direitos fundamentais” na relação com o constitucionalismo nacional, o que é testificado por Jorge Miranda, para quem a linguagem do Direito Internacional prefere “direitos do homem” ou “direitos da pessoa humana”.¹⁶

16 Conforme o autor: “*Em Direito Constitucional, fala-se hoje em direitos fundamentais em vez de direitos do homem (a expressão lançada pelos textos revolucionários do século XVIII) não só por o catálogo, crescentemente alargado, estar muito para lá do lastro jusnaturalista, mas também para se tornar mais clara a conexão com a Constituição, a lei fundamental. Em Direito Internacional, ao invés, tem-se preferido dizer direitos do homem ou (por causa de eventuais equívocos quanto ao gênero) direitos da pessoa humana. E é assim para se procurar estabelecer um Direito comum da humanidade através da diversidade de condições económicas, sociais e culturais e por, em geral, ser menos extenso o elenco dos direitos e menos denso o seu conteúdo*” (MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público: uma visão sistemática do Direito Internacional dos nossos dias*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 254).

É cediço que a doutrina constitucionalista brasileira adota, predominantemente, a expressão “direitos fundamentais” para referir-se aos direitos humanos positivados no texto da Constituição Federal de 1988, que também prefere tal expressão, assim como procedido pela autorizada doutrina portuguesa sobre o tema. Por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, ao enfatizar a abertura do direito constitucional ao direito internacional – não chegando ao extremo da integração consolidada –, especifica que os “direitos fundamentais” inscritos nas Constituições nacionais vestem a roupagem de “direitos humanos” no Direito Internacional. Vale a transcrição:

[...] os direitos fundamentais tal como estruturaram o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais [...].¹⁷

Nem todos os doutrinadores da temática preocupam-se com essa distinção terminológica, baseada em diferenças que, a nosso ver, não podem ser ignoradas. O próprio Bobbio¹⁸, ao tratar dos direitos do homem, designação de sua preferência, se utiliza do termo “direitos fundamentais”, isto sem se preocupar em estabelecer qualquer elemento separativo terminológico. Aliás, mesmo a diferenciação entre direitos humanos e fundamentais encontra variações em meio à doutrina pátria, como se pode in-

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 3 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁸ *A Era dos Direitos*, p. 22.

ferir a partir da noção exposta por Guerra Filho¹⁹, o qual ressalta que, no tocante às suas raízes históricas, os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais, acima diferenciados, são os mesmos.

A definição assumida por Guerra Filho é comum, representando um corte epistemológico que atribui aos direitos fundamentais caráter específico de positividade no âmbito do direito interno. Interessante notar, no entanto, que o doutrinador não apenas indica que tal qualidade emprestaria uma maior eficácia aos direitos fundamentais, mas sim que tal positividade corresponderia exatamente à própria aptidão para produção de efeitos jurídicos, o que sugere que tal aptidão não seria partilhada pelos direitos humanos, ao menos não no ponto que os diferencia dos direitos fundamentais (enquanto direitos constitucionalmente protegidos, positivados).

Nesse âmbito, como visto, os direitos humanos são alçados pelo doutrinador a meras pautas éticas, supranacionais, em acepção ventilada de forma diversa por Sarlet²⁰, que confere autoridade internacional e documental a tais direitos. Difícil definir-se, in casu, até que ponto quis Guerra Filho²¹, assim como outros, emitir juízo analítico em torno da eficácia jurídica dos direitos

19 Diz o autor: *"De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com a aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pauta ético-políticas, situadas numa dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas - especialmente aquelas de direito interno"* (GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 12).

20 *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 35.

21 *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, p. 12.

humanos, embora o conceito sugira, de forma enviesada, a negação dessa mesma eficácia, pela comparação dicotômica utilizada.

A toda prova, tal reflexão serve para que se aponte desde já as distinções que, de fato, existem. A tratativa da evolução democrática e constitucional doravante evidenciará que, em que pese a gênese comum de tais direitos, ao serem positivados em nível nacional, eles passam a integrar um ordenamento jurídico de instrumentalidade e territorialidade específicos, numa estrutura de predominante abertura contemporânea à ordem internacional.

Essa mesma abertura, no entanto, não permite que se assepte uma indistinção inexistente entre as ordens interna e internacional. Daí porque, em linhas gerais, a posição que diferencia as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” serve não a um fim meramente conceitual. Essa diferenciação gera uma noção clara no sentido de que seriam estes últimos aqueles direitos de cunho essencial, por vezes coincidentes com os primeiros, mas previstos nas ordens constitucionais internas, o que importa sobremaneira do ponto de vista do aparato instrumental à sua concretude, além de ser essencial às reflexões em torno dos limites e dos paradoxos experienciados pelo Estado Democrático de Direito da atualidade.

Isto não quer dizer que se negue, direta ou indiretamente, eficácia jurídica aos direitos humanos ou que se alimente os preconceitos reproduzidos por muitos sob o pálio de uma alegada ideologização desprovida de instrumentos de sancionamento institucional. Pelo contrário, a história e a evolução desses direitos, como se verá adiante, têm deixado evidente que, em que pesem as diferenças havidas entre os sistemas nacionais e internacionais

de proteção jurídica, a disseminação e crescimento do direito internacional estão no centro das preocupações jurídicas da atualidade.

A toda prova, a diferenciação é necessária. Para os que se dispõem a estudar os direitos fundamentais em particular, ela permite uma indispensável precisão jurídico-científica na análise dos aparatos materiais e instrumentais que cercam cada um dos direitos analisados, vislumbrando-se ainda os elementos de abertura da ordem interna aos mandamentos do internacionalismo humanizante. Já para os que se prestam à análise dos direitos humanos, a diferenciação possibilita que se volte atenção especial para os instrumentos de integração de tais ordens no contexto do Estado Democrático de Direito.

Assim, pela oportunidade que tal abordagem assume, tenha-se que, ao longo da temática aqui desenvolvida, identificar-se-ão os direitos fundamentais como direitos que, embora humanos, apresentam-se positivados em nível constitucional, deixando-se claro que o tema abordado tem relação com o que aqui se conceituou como “Direitos Humanos” enquanto direitos integrantes da ordem internacional global. Isto sem esquecer a consideração dos direitos fundamentais enquanto espécie do gênero direitos humanos, também fortemente integrados às Constituições nacionais pelas cláusulas de abertura constantes dos respectivos textos constitucionais.

1.2 OCORRÊNCIAS E CONCEPÇÕES HISTÓRICAS

1.2.1 Da origem jusnaturalista de inspiração clássica greco-romana às Declarações de Direitos

Destarte, uma análise que possibilite o vislumbre das estreitas relações havidas entre direitos humanos, Estado, constitucionalismo e democracia pode e deve ser iniciada a partir da identificação da origem dos referidos direitos, especialmente a fim de demonstrar-se que foram as demandas e necessidades sociais sedimentadas em tais direitos que serviram de fundamento e, por conseguinte, conferiram existência e forma ao Estado Democrático de Direito.

A inscrição dos imperativos de humanidade - exsurgentes em cada momento histórico-social - na linguagem própria dos direitos humanos, a fim de se identificarem de forma precisa e garantística os interesses sociais prioritários, constitui-se em uma fórmula cujo emprego tem significado próprio na limitação do poder estatal.

Nisto, o serviço prestado por tais direitos ao constitucionalismo prospectivo e ao Estado Social, na contemporaneidade, não diferem em muito, em sua forma, do aporte ofertado ao Estado mínimo do constitucionalismo liberal, sendo dever do intérprete e objetivo do presente trabalho a preocupação em eleger-se um vislumbre de tais direitos que não seja neutro, aséptico ou vazio de conteúdo. E nem assim poderia ser diante da abordagem que privilegia a democracia em uma vertente material.

Para bem localizar essa vertente se faz imperativo o remonte histórico ora proposto, relacionado à percepção dos direitos humanos em sua relação com as pautas ético-valorativas do naturalismo, do positivismo e das várias outras correntes que - cada qual em seu momento - utilizaram o instrumental dos direitos humanos para fins humanistas e/ou estatais específicos.

Para Bobbio²² a primeira fase desse caminho evolutivo estaria relacionada ao jusnaturalismo moderno, onde o homem tem direitos decorrentes de sua própria natureza, os quais ninguém – nem ele mesmo – pode eliminar ou ignorar, sendo John Locke a referência teórica predominante no desenvolvimento de tal noção. De fato, na teorização lockeana, o homem natural é anterior ao homem civil. A sociedade política nascida do consenso e da renúncia humana à execução dessa lei natural baseia-se na imposição geral de observância à lei, significando a admissão da formação de um corpo político a obrigação de submissão à assim chamada “determinação da maioria”.²³

22 *A Era dos Direitos*, p. 28.

23 Para o autor, claramente, o homem nasce com certos direitos que lhe são naturais ou inatos com o conseqüente poder de defendê-los e de punir quem os viole: “Tendo o homem nascido, como se provou, com direito à perfeita liberdade e ao gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, igualmente a qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem por natureza o poder não apenas de preservar sua propriedade - isto é, sua vida, sua liberdade e seus bens - contra os agravos e intentos de outros homens, mas também de julgar e punir as violações dessa lei por outros, da maneira como acredite que a ofensa merece [...]”. A sociedade civil e o Estado são uma decorrência da renúncia consensual à execução desses direitos naturais, mediante a submissão de todos à lei: “Por conseguinte, sempre que qualquer número de homens se unam assim numa sociedade, de modo que cada um renuncie a seu poder executivo da lei da natureza, e o entregue ao público, haverá, e somente então, uma sociedade política ou civil. [...] Nenhum homem na sociedade civil pode estar isento de suas leis. [...] E desse modo, todo homem ao concordar com os outros em formar o corpo político sob um governo, coloca-se sob a obrigação, perante todos os membros dessa sociedade de submeter-se à determinação da maioria e de acatar a decisão dela; caso contrário, esse pacto original, pelo qual ele se incorpora com outros numa sociedade, nada significaria, e não seria pacto algum se ele fosse deixado livre e sob nenhum outro vínculo a não ser aquele que tinha antes do estado de natureza”. (LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o governo*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes*

A segunda fase²⁴ do processo evolutivo em análise corresponderia, por sua vez, à concretização desses mesmos direitos no âmbito interno das nações, esta viabilizada por meio do acolhimento dos direitos humanos nas chamadas declarações de direito dos Estados, das quais são exemplos a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, bem como as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos.

Neste entremeio histórico, a noção de Estado modifica-se, extirpando-se a ideia de que seria ele um fim em si mesmo e situando-o em condição instrumental em face da realização de interesses maiores, interesses estes onde os direitos do homem aparecem como referência inicial para a constituição de todo um legítimo sistema de direitos regularmente positivados. Daí ser fácil perceber-se que classifica Bobbio o surgimento do constitucionalismo a partir da necessidade de sedimentação dos direitos do homem como elemento integrante de uma segunda fase evolutiva desses mesmos direitos.

Referido potencial é lido por alguns como o desenvolvimento de instrumentos de proteção popular contra os desmandos estatais e não estatais – políticos e econômicos – em todo o mundo. Por outros, é interpretado como a gestação de mecanismos de contenção estatal e econômica das revoluções e reivindicações sociais, ou seja, como instrumento de dominação econômico-política a partir do emprego dos instrumentos jurídicos.

Este trabalho não ignora nenhuma dessas leituras, mas recusa seus extremos, buscando abordar os institutos aqui traba-

filósofos do direito, p.144/146).

24 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 29.

lhados de forma crítica e condizente com a realidade contemporânea. A recusa de uma abordagem meramente apologética é seu centro de diálogo, embora não signifique isto a renúncia à contundência das relações temáticas tratadas.

Assim, de primeiro, deve-se ressaltar que é o constitucionalismo que serve aos direitos humanos, deles abeberando-se ainda para legitimar-se, embora a ligação circular entre as duas temáticas não possa ser negada. Cabe uma explicação concreta: bem se sabe que tais direitos serviram de base ao surgimento das constituições escritas e rígidas, representando inclusive até os dias atuais o mais importante fundamento de validade das ordens constitucionais nacionais, desta feita revestidos nos mais das vezes de direitos fundamentais.

Sabe-se também que estão eles não apenas na base do constitucionalismo moderno, mas igualmente correspondem ao sustentáculo jurídico-teórico legitimador da democracia contemporânea, conforme, destarte, se terá a oportunidade de abordar doravante.

Logicamente, é possível promover-se à divisão da linha evolutiva dos direitos humanos de formas variadas. Em sentido estrito, situando os direitos humanos dentro da sistemática do direito internacional, que hodiernamente os tem como cerne, sua evolução pode ser explicada desde a Declaração de 1948 até os elementos de universalização e internacionalização que atualmente os informa.

Nada obstante, como bem ressaltado por Bobbio²⁵, a gênese dos direitos humanos remonta ao direito natural, o que per-

25 *A Era dos Direitos*, p. 28.

mite localizar-se tal origem ainda na antiga filosofia grega, já que é “possível identificar elementos que apontam para a gênese de uma elaboração teórica do direito natural nos escritos dos primeiros pensadores gregos”.²⁶ Mas se é dito que esses direitos têm sua origem na antiguidade, tal janela justifica-se a partir das questões referentes ao rompimento da tradição mítica, passando a buscar entender a natureza a partir dela própria.²⁷

Nesse sentido, tendo o aparecimento da filosofia implicado na quebra dessa tradição, em torno do século V a. C., é a partir desse momento histórico que o questionamento dos mitos religiosos transfere para o homem a atenção e fundamento central do comportamento humano, passando a ser o indivíduo o centro das análises e reflexões de então.²⁸

Destarte, os valores de importância central para a doutrina dos direitos humanos, tais qual a igualdade, a liberdade e a dignidade humana, possuem suas bases na filosofia clássica, em particular a greco-romana, bem como no pensamento cristão. Quanto à filosofia grega isto sucederia, em particular, a partir de um referencial político pautado no homem enquanto ser livre e informado por uma individualidade própria, no mesmo passo em que teríamos obtido das noções bíblicas do Antigo Testamento a ideia do ser humano como criação divina central, gerado à imagem e semelhança de seu criador.²⁹

26 GONÇALVES, William Couto. *Gênese dos Direitos Humanos na Antiga Filosofia Grega*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 09.

27 MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 11.

28 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 45.

Sob o estudo da linguagem dos direitos humanos e com recurso aos elementos históricos críticos – afastado o modelo progressista e de movimento constante – pode-se ainda creditar aos Romanos a invenção da arte do direito, os quais teriam assim laborado sob os influxos da filosofia grega, sobretudo a aristotélica, eleita como parâmetro inicial de estudo por três motivos específicos em sua análise: a influência dominante dos estudos aristotélicos sobre os romanos, a centralidade da obra aristotélica quanto ao apogeu da filosofia grega e, por fim, a classificação de Aristóteles como “primeiro filósofo do direito em sentido estrito”.³⁰

Em tal contexto, observação pertinente diz respeito à constatação de que tanto na Grécia, como em Roma, direito e justiça apresentam-se estreitamente relacionados e desprovidos da subjetividade particularista própria do direito moderno, que teria ensejado o surgimento dos direitos humanos como nós os conhecemos atualmente. Segundo Villey, mesmo nas Institutas de Gaio, onde os romanistas modernos julgavam ter encontrado a noção de direito subjetivo, não se vislumbra o direito ou jus como “atributo adjacente ao sujeito, liberdade de agir (a liberdade não se partilha)”, mas sim como “a parte das coisas que cabe a cada pessoa dentro do grupo relativamente às outras”. O homem do direito romano era um homem político, no sentido aristotélico, cuja identidade, portanto, estava atrelada à sua posição dentro da sociedade ou comunidade do qual fazia parte.³¹

30 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos* (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33/34.

31 Nas palavras doutrinárias: “Essa ciência do direito não é concentrada no indivíduo. Não o considera isolado numa ilha. Herdeira da filosofia realista da Antiguidade, ele encara o indivíduo como é, situado dentro de um grupo (‘o homem é animal político’). A linguagem de Gaius ignorava a noção moderna de direito subjetivo. Não há ‘direito real’ em direito romano nem

Pode-se perceber na reta razão de Cícero³² essa centralidade político-social da comunidade, representada pela lei comum dos homens e deuses. Nesse sentido é que se diz que o estoicismo greco-romano e também o cristianismo geraram “as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os Cristãos, perante Deus)”. O Direito Natural, em princípio, é historicamente relacionado às leis não escritas relatadas por Sófocles³³ e a busca por justiça que ele proclama na voz de Antígona. Tem-se aí um conceito de sentido múltiplo estreitamente vinculado à filosofia política e à jurisprudência, de sorte que “seu pensamento era profundamente hermenêutico, tratava de fins de propósitos, significados e valores, virtude e dever”.³⁴

‘direito pessoal’; não há ‘direito de propriedade’ nem ‘direitos de crédito.’ E nele não encontramos ‘direitos humanos.’ Mas admiraremos, pela multiplicidade dos sentidos que a palavra jus reveste em Roma, a perfeita continuidade deles. De uma extremidade à outra da corrente – ou seja, do mais geral à acepção mais concreta -, o jus é res justa, o ‘objeto da justiça’, relação com os outros, com quem nos comunicamos por intermédio da partilha de coisas exteriores” (VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos, p. 78/80).

32 Segundo Cícero: “[...] como não existe nada melhor do que a razão, e como ela existe tanto no homem como em Deus, a primeira posse comum do homem e de Deus é a razão. Mas aqueles que possuem razão em comum também devem ter a razão correta em comum. E como a razão correta é a Lei, devemos também acreditar que os homens também têm a Lei em comum com os deuses. Além disto, aqueles que compartilham a Lei também devem compartilhar a Justiça; e aqueles que compartilham isso também devem ser considerados membros da mesma comunidade. Se de fato obedecem às mesmas autoridades e poderes, isso é verdade num grau muito maior; mas na verdade obedecem a esse sistema celestial, a mente divina, e ao Deus de transcendente poder. Por isso devemos conceber todo o universo como uma comunidade da qual tanto deuses como homens são membros.” (CICERO, Marco Túlio. *Leis*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37).

33 Antígona à Creonte: “Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses. Apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou? Mesmo sem teu decreto. E se morrer antes do tempo, aceito isso como uma vantagem. Quando se vive como eu, em meio a tantas adversidades, a morte prematura é um grande prêmio. Morrer mais cedo não é uma amargura, amargura seria deixar abandonado o corpo de um irmão.” (SÓFOCLES (Trad. Millôr Fernandes). *Antígona*. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 25/26).

34 Cf. DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009,

A lei de Antígona, nesse passo, difere em muito da lei universal e imutável atribuída à natureza pela modernidade, esta vazia de sentido e dotada de uma precisão científica incompatível com as ciências sociais e com o próprio direito. A lei natural da filosofia grega – Grécia arcaica – é uma reunião de ideias sobre o que é bom e justo e que, por isto mesmo, é ínsito à natureza, servindo de “resistência contra a autoridade tradicional e suas injustiças”.³⁵

Esse esvaziamento de sentido atribuído à positividade da lei humana, fortemente enfatizado pela modernidade e objeto de farta crítica de conotação substantiva, ao que bem parece se constitui em atributo também especificado pelo jusnaturalismo, com o fito especial de distinguir a Lei Natural da lei humana.

De fato, na base histórica das teorias que justificam a atual doutrina dos direitos humanos está o pensamento jusnaturalista, que remonta às teorias naturais clássicas, concretizando-se sua influência a partir do século XVI, com destaque para a crença na existência de determinantes precedentes e de maior elevação em relação ao direito estatal.

Vislumbrando-se tal contexto fica fácil perceber as razões pelas quais pairam sobre os direitos humanos tão enfáticas acusações de se constituírem eles em meras pautas éticas ou filosóficas desprovidas de concretude e vinculatividade. A nosso sentir, entretanto, uma percepção assim posta considera tais di-

p. 39.

35 Para o autor, quando os sofistas opuseram-se às leis e costumes como forma de criticar as autoridades e os tabus religiosos de então, eles negaram que as convenções e costumes sociais fizessem parte da ordem natural, no que foram objetados por Platão, que fez da natureza (*physis*) a “norma fundamental de cada ser” e a “expressão de todo o cosmos”. (DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 41).

reitos apenas quanto ao aspecto de sua gênese histórico-filosófica, não os localizando de maneira devida no âmbito do constitucionalismo global contemporâneo. Daí a importância de uma abordagem histórica que permita verificar a evolução conhecida por tais direitos até os dias atuais, atenta às razões dos preconceitos que o tema carrega, assim como possibilitando que se situem esses direitos de forma adequada, contemporaneamente.

De fato, ainda na abordagem jusnaturalista, São Tomás de Aquino³⁶ atribuía à lei humana o dever de obediência à lei natural, a qual considerava resultado da razão divina. No mesmo Século XVI, Hugo Grócio³⁷ apontava a existência de normas ideais oriundas da razão humana (Direito Natural) e impassíveis de serem suplantadas ou ignoradas pelas leis humanas. Vê-se claramente que, tanto na teorização de Aquino quanto na percepção de Grócio, os

36 Nas palavras de São Tomás de Aquino: *"Eu respondo que, como diz Agostinho (De Lib. Arb. 1, 5), aquilo que não é justo não parece ser lei; portanto, a força de uma lei depende da extensão de sua justiça; ora, nos assuntos humanos diz-se que uma coisa é justa, por ser certa, de acordo com a regra da razão. Mas a primeira regra da razão é a lei da natureza, como está claro pelo que foi declarado anteriormente (Q. 91, A. 2 ad 2). Como consequência, toda lei humana apenas tem natureza de lei na medida em que deriva da lei da natureza. Mas, se em algum ponto se desviar da lei da natureza, não será mais lei, mas perversão de lei."* (AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*, p. 65).

37 Conforme Hugo Grócio: *"O Direito Natural é o ditame da Razão Certa, indicando que qualquer ato, segundo sua concordância ou discordância com a natureza racional [do homem], contém em sua natureza uma torpeza moral ou uma necessidade moral; e, como consequência, que tal ato é proibido ou ordenado por Deus, o autor da natureza"*. E esclarece o autor que o direito natural possui ditames que são pertinentes ou impertinentes em si mesmos, ou seja, possuem critérios inatos: *"Atos em relação aos quais existe tal ditame são obrigatórios ou ilegítimos em si mesmos, e, por conseguinte, são compreendidos como necessariamente ordenados ou proibidos por Deus; e nisso o Direito Natural difere não apenas do Direito Humano, mas também do Direito Positivo, que não proíbe nem ordena atos que, em si e por sua própria natureza, ou são obrigatórios ou ilícitos; mas, ao proibí-los, torna-os ilícitos; ao ordená-los, torna-os obrigatórios"*. E ainda: *"Os princípios do Direito Natural, se observados corretamente, são em si mesmos patentes e evidentes, quase da mesma maneira que as coisas que são percebidas pelos sentidos externos, que não nos iludem se os órgãos estiverem bem dispostos e se não estiverem ausentes outras coisas necessárias..."* (GRÓCIO, Hugo. *uma Teológica*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*, p. 79/80).

preceitos da Lei Natural são considerados evidentes e patentes “em si mesmos”, anunciando que seriam eles inatos à razão humana em sua relação com a razão divina. Tais explanações conduzem consigo ainda a noção de que a licitude ou ilicitude na lei humana obedece a critérios distintos, sendo definidas a partir da própria lei, mutável e contingente, em contraposição à imutabilidade e autoevidência da Lei Natural. Aliás, tal o grau de importância dessa Lei Natural e de seu comprometimento com a Justiça que o próprio Grócio elenca entre as Leis Divinas certo conjunto de Leis Positivas, estas sim mutáveis, símiles ao direito positivo humano.

Douzinas³⁸, nesse contexto, identifica um padrão na abordagem do Direito Natural em sua ligação com os Direitos Humanos. Esse padrão se inicia com o indicativo das leis não escritas apontadas por Antígona, seguindo-se à consideração da lei verdadeira, imutável, eterna e centrando-se ainda na lei natural e superior à lei humana de Tomás de Aquino e Grócio. Na sequência de tal abordagem estaria a transmutação do Direito Natural nos direitos naturais a partir do Século XVII, onde se destacam Locke e Bentham, inclusive indicados como precursores dos direitos humanos, sendo tal período identificado como correspondente à “primeira vitória da razão moderna sobre as bruxas medievais”.

Nesse sentido, seja pautando a origem dos direitos em questão na razão humana, seja pautando-se tal origem na razão divina, reside na corrente jusnaturalista a origem concreta dos direitos humanos, os quais, como bem já afirmou Bobbio³⁹, nascem como direitos naturais universais. Nesse

38 *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 26/27.

39 *A Era dos Direitos*, p. 30.

sentido, foram as crenças pautadas na existência de direitos inatos e inerentes ao ser humano enquanto tal - ou enquanto condutor e expressão de uma vontade divina superior - que permitiram justificar-se a limitação de poder a partir da fixação desses mesmos direitos.

Tais noções desenvolveram-se e atingiram o seu ápice nos séculos XVII e XVIII, especialmente, como lembrado na transcrição supra, através das teorias contratualistas, com progressivo apartamento da Igreja (processo de laicização) e concomitante aproximação do jusracionalismo iluminista.

Na visão de Sarlet, a doutrina jusracionalista teria encontrado em Rousseau (1712-1778), na França, em Tomas Paine (1737-1809), na América, em Kant⁴⁰ (1724-1784), na Alemanha, seus mais importantes expositores e responsáveis pela elaboração do contratualismo, bem como da teoria dos direitos naturais do indivíduo, destacando-se que se deve à Paine a difusão do termo "direitos do homem".⁴¹

Aliás, a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que se perfaz em referência histórica no trato dos direitos humanos, apoia-se nessa concepção para afirmar que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis” de todo ser humano.⁴²

40 Kant propõe uma “*divisão universal dos direitos*”, separando-os em Direito Natural e Direito Positivo, onde “o Direito Natural assenta-se sobre Princípios racionais puros a priori” e “o Direito Positivo ou Direito Estatutário é o que provém da Vontade de um Legislador”. Para Kant, “Direito Inato é aquele Direito que pertence a cada indivíduo por Natureza, independentemente de todos os atos jurídicos da prática”. O único direito inato e pertencente ao homem por força de sua humanidade seria o “Direito Inato de Liberdade”, o qual, no entanto, pressupõe a “igualdade inata que pertence a cada homem” (KANT, Immanuel. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*, p. 243).

41 A eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 47.

42 “Como sustenta Vieira de Andrade, nessa visão de direito natural, os direitos humanos

Mais comum para identificação de tal marco histórico é, entretanto, a citação de Locke⁴³ e Rousseau⁴⁴, enquanto contratualistas comprometidos com o racionalismo e com individualismo, cujo centro remete à “supremacia do indivíduo em face do Estado”, supremacia esta que se realiza por meio do contrato social e dos direitos dos homens.

Por sua vez a história do Direito Natural, em síntese, teria terminado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que teria convolado direitos naturais não escritos em direitos positivos devidamente reconhecidos por lei:

A história condensada dos direitos humanos termina com a introdução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em

são direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares. Para mencionar um exemplo desse legado teórico, cite-se a primeira afirmação da cinqüentenária Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela qual todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o que é assemelhado à frase inicial de Rousseau no clássico O Contrato Social, na qual afirmou que o homem nasceu livre”. (RAMOS, André Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39/40).

43 Em Locke o fim maior da reunião dos seres humanos em Estados é a preservação da propriedade, a necessidade de um juiz imparcial para aplicar uma lei geral aos seus conflitos e também de um poder que tenha condições de impor executar decisões justas. Mas, em todo o caso, a renúncia aos direitos próprios do estado de natureza não é aleatório, exigindo que o Estado proteja o indivíduo contra tais riscos, o que é feito a partir da lei: “Assim, quem quer que detenha o poder supremo ou legislativo de qualquer Estado está obrigado a governa-lo por meio de leis fixas estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não mediante decretos extemporâneos, por meio de juízes imparciais e probos, aos quais cabe decidir controvérsias seguindo essas leis; e a empregar a força da comunidade no país apenas na execução de tais leis, ou no exterior para impedir ou reparar injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões. E tudo isso deve estar voltado para nenhuma outra finalidade senão a paz, a segurança e o bem público do povo”. (Dois Tratados sobre o governo, p.149).

44 No mesmo sentido da tese lockeana, o surgimento do Estado conduz o homem não à uma “renúncia verdadeira”, mas senão à assunção de uma condição securitária, melhor que aquela experimentada no estado de natureza: “De qualquer lado que abordemos nosso princípio, chegaremos à mesma conclusão: a de que o pacto social estabelece entre os cidadãos uma igualdade de tal tipo que todos se comprometem a observar as mesmas condições e todos devem, portanto, desfrutar dos mesmos direitos”. [...] Em vez de uma renúncia, eles fizeram uma troca vantajosa; em vez de um modo de viver precário e incerto, conseguiram um modo que é melhor e mais seguro; em vez da independência natural, conseguiram liberdade [...]”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. In: MORRIS, Clarence (Org.). Os grandes filósofos do direito, p. 220/221).

1948, que transformou o “contrassenso” naturalista em direitos positivos contundentes. Pela primeira vez na história, essas ficções não escritas, inalteráveis, eternas, dadas por Deus ou racionais podem deixar de ser desconcertantes. Elas foram plenamente reconhecidas e legalizadas e desfrutam da dignidade da lei, embora de um tipo um tanto brando. Deus pode ter morrido, de acordo com Nietzsche, mas pelo menos temos o Direito Internacional. Mais recentemente, uma nova jurisprudência dos direitos, cujo propósito explícito é mitigar a pobreza moral do positivismo jurídico, reconheceu discretamente o Direito Natural como parte de sua genealogia.⁴⁵

De fato, a doutrina jusracionalista não estava fadada a representar o fundamento único e permanente da limitação em apreço, sendo, na sequência histórica de que faz parte, substituída pelas concepções designadas positivistas, o que, destarte, vem a desaguar na correspondente fase de concretização dos direitos humanos em normas superiores, nas constituições escritas.

Surge aí o positivismo jurídico, que transfere às prescrições normativas constitucionais, pautadas em uma hierarquia normativa piramidal, o fundamento de validade dos direitos humanos, em processo de clara legitimação formal atualmente ultrapassada quando considerada em isolado e conforme suas bases genéticas. Os séculos XIX e XX são marcados pelo desenvolvimento da Escola Positivista. No caso, “a própria estruturação do Estado Constitucional, fruto das revoluções liberais oitocentistas, gerou a inserção dos direitos humanos nas Constituições e leis”, pelo que passaram eles à condição de “direitos positivados”.⁴⁶

45 DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 26/27.

46 Cf. RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de

De fato, a história nos mostra que o positivismo é decorrência de circunstâncias socioculturais peculiares, pelo que bem se sabe que serviu ele – o positivismo, em sua origem - bem mais à afirmação das liberdades individuais negadas pelo absolutismo à burguesia emergente do que, propriamente, à realização de noções segundo as quais se fazia imperativa a consideração do homem em sua dignidade pessoal.

Em que pese tal circunstância, não se pode negar que a busca de realização do lema francês de liberdade, igualdade e fraternidade, correspondente à versão francesa da batalha pelas liberdades individuais, legitimou as primeiras declarações de direitos e também gerou as bases do constitucionalismo moderno, sob impulsão da necessidade de se estabelecer bases seguras para imposição dos direitos titularizados pelo ser humano.

A partir daí, conforme já exposto supra, a proteção constitucionalista desses direitos, de âmbito nacional, evoluiu para um processo de internacionalização que tem como referência a já multiplamente citada Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Mencionada internacionalização, como não poderia deixar de ser, gerou e mantém viva até os dias atuais uma séria reformulação havida em torno das noções ligadas ao Estado nacional, ao constitucionalismo interno e à democracia.

A soberania e o Estado democrático de direito, enquanto crias do Estado nacional foram impactados por uma necessária relativização da autonomia absoluta dos povos, sendo a imposição dos direitos humanos em vias internacionais, especialmente a partir das barbáries da Segunda Guerra Mundial, parte signifi-

cativa desse processo. No entanto, os direitos humanos não são a causa dessa revisão, mas sim uma busca de se impor freios que não sejam exclusivamente locais a problemas mundiais criados, via de regra, pela globalização econômica, que arrasta consigo a globalização social, cultural, política, dentre outras, num processo de complexificação social impassível de ser ignorado.

Antes, entretanto, de analisar as demais categorias envolvidas nessa complexa temática, é importante o encerramento da análise histórico-evolutiva dos direitos humanos enquanto uma das categorias centrais do presente estudo.

1.2.2 As fases de universalização, internacionalização e especificação.

Na concepção apresentada por Piovesan⁴⁷, a origem histórica dos tão discutidos processos de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos são representados por três ocorrências distintas: o Direito Humanitário, a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

De fato, é consenso entre os estudiosos dos Direitos Humanos que o advento da Declaração dos Direitos Humanos elege a dignidade da pessoa humana como fundamento último do reconhecimento dos direitos que assinala, tratando-se esse documento de marco histórico na busca internacional, nas relações entre nações, pela afirmação e proteção dos direitos titularizados pelo ser humano enquanto tal.

47 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

Por outra banda, o Direito Humanitário e a Liga das Nações Unidas consubstanciam os movimentos mais próximos dessa Declaração, sendo a ela precedentes em curto período histórico, de forma a poder afirmar-se a sua continuidade temporal, além de clara identidade teórico-fundamental.

Mas tal importância assume a Declaração de 1948 dentro do aparato histórico informativo dos Direitos Humanos que o seu advento chegou a ser considerado como solucionamento da problemática havida em torno do fundamento desses direitos, assunto este referido no item supra. Tal solução indicaria o consenso entre os povos em torno do fundamento e razão última dos Direitos Humanos, literalmente⁴⁸:

Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa uma manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.

Nesse contexto, o consenso de que fala Bobbio como fundamento último dos Direitos Humanos é qualificado em relação ao consenso de que tratava Rousseau em seu “Contrato Social”, já que este último pressupunha um acordo de vontades em escala micro, entre indivíduos.

É que a problemática dos Direitos Humanos sempre se identificou, ao longo da história e à obviedade de seus elementos

48 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 25/26.

condicionantes, com os aspectos de limitação do poder estatal, de sorte tal que nasceram tais direitos como necessidades inadiáveis do ser humano, como necessidades relacionadas à defesa do indivíduo em face do poder, mormente do poder Estatal.

Nesse sentido, da mesma forma que Piovesan⁴⁹ localiza a Declaração dos Direitos do Homem como precedente histórico do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, Bobbio, com antecedência, já apontara a universalização e a internacionalização como fases de desenvolvimento dos direitos humanos. Nada obstante, essas duas fases são identificadas por Bobbio como uma só, passando a tratar de duas outras que lhe são precedentes, supra exploradas.

No tocante à terceira fase evolutiva, teria ela como marco inicial a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que representa os momentos de universalização e internacionalização dos direitos ora considerados:

Com a declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nelas contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. ⁵⁰

⁴⁹ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 109.

⁵⁰ E diz ainda Bobbio: *"Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como*

Nada obstante, alerta Bobbio para a circunstância de que a Declaração em apreço é apenas “o ponto de partida para uma meta progressiva”, atentando ainda para o fato de que “os direitos declarados não são os únicos e possíveis direitos do homem”, mas sim “direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente os redatores da declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a revolução francesa e desembocara na Revolução Soviética”.⁵¹

Infere-se desta consideração central uma tratativa de cunho afirmativo, impondo-se às comunidades nacionais e internacionais não somente o respeito às diferenças de uma sociedade plural e globalizada, mas, primordialmente, a garantia de um espaço de vivência onde essa mesma multiplicidade possa se realizar. Fala-se em um respeito antidiscriminatório não mais meramente abstencional, mas especialmente afirmativo, gerador de possibilidades para fixação e desenvolvimento dessas mesmas diferenças.

No âmbito dessa específica linha de abordagem humanística, não se pode deixar de avaliar que cada um e todos os

direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência. Somente a extensão dessa proteção de alguns estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência”. (A Era dos Direitos, p. 30/31).

51 A Era dos Direitos, p. 33.

elementos fáticos, jurídicos e sociais capazes de justificar a fazer prevalecer a geração desse campo de desenvolvimento de direitos ostentam importância central nas discussões contemporâneas sobre o tema.

Também Rawls⁵², ao delinear os elementos componentes do que designou “Direito dos Povos” não pode deixar de fora a análise dos Direitos Humanos, situando o reconhecimento destes como requisito para a decência das instituições políticas e sociais, qualificando-os como elementos limitadores do direito nacional e distinguindo-os dos direitos que convencionou chamar de “direitos constitucionais” e ainda dos “direitos da cidadania democrática liberal”.

Diz Rawls⁵³, acerca do papel dos Direitos Humanos no que ele nominou de “Direito dos Povos”:

Os direitos humanos são uma classe de direitos que desempenha um papel especial num Direito dos Povos razoável: eles restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime. Dessa maneira, refletem duas mudanças básicas e historicamente profundas em como os poderes da soberania têm sido concebidos desde a Segunda Guerra Mundial. Primeiro, a guerra não é mais um meio admissível de política governamental e só justificada em autodefesa ou em casos graves de intervenção para proteger os direitos humanos. E, segundo, a autonomia interna de um governo agora é limitada.

Com efeito, Rawls, no sentido geral que empresta à obra sob análise, parece conduzir as bases do contrato social a uma segunda dimensão, não mais tratando, como dito, de um pacto estabelecido entre cidadãos, mas sim entre povos. Nesse sentido,

52 RAWLS, John (trad. BORGES, Luís Carlos). *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 104.

53 *O Direito dos Povos*, p. 103.

em que pese todas as reservas que empresta à sua “utopia realista” como elemento do ideário político-filosófico, sem necessária correspondência com a realidade, pode-se ver claramente que a sua obra se movimenta dentro do âmbito atribuído ao direito internacional.

Nesse sentido, a necessária proteção dos Direitos Humanos localizada pelo doutrinador na base da “Sociedade dos Povos razoavelmente justa”, inclusive reconhecendo-se a vinculação de tais direitos em relação aos Estados fora da lei, denuncia claramente a defesa das noções jurídico-sociais elementares que, no contexto das barbáries nazistas, permitiu a instauração do Tribunal de Nuremberg com a conseqüente punição de vários dos responsáveis pelo Genocídio étnico alemão.

A internacionalização e universalização dos direitos humanos justifica-se em Rawls pela localização dos Direitos Humanos enquanto pautas morais insuscetíveis de serem ignoradas pelas nações, ainda que se encontrem elas relacionadas a “Estados fora da lei”⁵⁴.

Certamente, o doutrinador em apreço não designa expressamente as fases de internacionalização e universalização dos direitos humanos, mas a primeira delas pode ser inferida a partir do admitido consenso entre nações, ao passo que a segunda pode ser facilmente vislumbrada tomando-se por norte a imposição de tais direitos na obra de Rawls⁵⁵ a todos os povos, estejam eles de acordo ou não com a lei:

O rol dos direitos humanos honrados por regimes liberais e decentes deve ser compreendido como direitos universais no se-

54 *O Direito dos Povos*, p. 105.

55 *O Direito dos Povos*, p. 105.

guinte sentido: eles são intrínsecos ao Direito dos Povos e têm um efeito (moral) sendo ou não sustentados localmente. Isto é, sua força política (moral) estende-se a todas as sociedades e eles são obrigatórios para todos os povos e sociedades, inclusive os Estados fora da lei. Um Estado fora da lei que viola esses direitos deve ser condenado e, em casos graves, pode ser sujeitado a sanções coercitivas e mesmo a intervenção.

Destarte, inclusive por integrar um ramo do direito recente em relação aos demais, a análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos é integrada por uma gama de concepções de teor distinto, tendo-se como centro dos debates atuais a limitação à autodeterminação dos povos referida sob referência.

Seu desenvolvimento se tornou possível, claramente, a partir da admissão necessária de uma revisão da soberania nacional e dos elementos que a compõem, provocando-se também uma revisitação das dimensões teórica e aplicada da democracia contemporânea.

Em resumo, os direitos humanos teriam nascido como direitos naturais para depois transformarem-se em direitos positivos no âmbito de cada Estado-nação e, em seguida, assumirem a feição de direitos positivos universais, literalmente:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina na Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.⁵⁶

56 E diz ainda Bobbio: *“Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os*

Uma tal afirmação, não ignoradas suas vantagens e seus acertos, possui de outro lado algumas dificuldades que não devem ser desconsideradas. A primeira delas inclui certo teor progressista, a indicar-se um desenvolvimento histórico sempre evolutivo, desconsiderando as diferenças havidas entre os Estados-nação, assim como os regressos e atrasos que muitos destes têm experienciado em termos humanistas. No caso, uma abordagem tendencialmente linear, como aquela utilizada para sistematizar a historicidade de tais direitos não ignora ser falsa uma eventual percepção exclusivamente progressista de tal questão.

Não de menos, como se explorará amiúde doravante e como não se deixou de destacar supra, nem internamente nem internacionalmente se tem obtido êxito em sedimentar uma posição universalista pura quanto às pautas que compõem a luta dos direitos humanos, sendo esse problema de importância central na abordagem do tema. Para um conjunto de direitos que se pretende seja afirmado em nível global, a crise da defesa universalista, agravada pelo crescimento exponencial da complexidade social, é um dos pontos de estrangulamento da força humanista.

Deflagrado o movimento de internacionalização dos direitos humanos, com a elevação da dignidade da pessoa humana a referência mundial na proteção do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional, fala-se que a atual posição histórica de tais direitos corresponde a um processo de especificação.

direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência. Somente a extensão dessa proteção de alguns estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência". (A Era dos Direitos, p. 30/31).

De fato, é visível nos âmbitos internacional e nacional uma crescente multiplicação dos direitos nominados humanos, multiplicação esta que se verifica a partir de um procedimento de especificação de tais direitos, levando-se em consideração, mormente, a sua múltipla titularidade subjetiva. Referido processo alcançou tal patamar evolutivo que o estudo dos direitos humanos, hodiernamente, se identifica em maior e ineludível evidência fática, jurídica e social, com a defesa dos direitos dos mais variados agrupamentos humanos, estes considerados em relação a facetas cada vez mais diversas.

Isto implica considerar que, na perspectiva atual dos direitos humanos, o indivíduo não aparece mais considerado exclusivamente em sua vertente humana, mas em sua vertente humanamente diferencial, ultrapassando-se a fase inicial da consideração de uma igualdade meramente formal, para uma igualdade necessariamente material. Na verdade, Bobbio⁵⁷, ao tratar do tema, direciona-se no sentido de considerar a especificação dos direitos humanos como uma atual tendência da globalidade e não como uma fase específica no desenrolar de

57 *"Além de processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de especificação; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera em relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje (...). Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc."* (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p.62).

tais direitos.

A nosso sentir, no entanto, trata-se de uma fase específica, com características marcantes e que, por si só, além de esclarecer a face múltipla dos direitos humanos, os mantém atualizados no tempo e no espaço, contribuindo para afastá-los de percepções exclusivamente progressistas e/ou culturalmente universalizantes. Assim, a fase atual dos direitos humanos e, destarte, a mais condizente com seu pluralismo e com a complexidade da sociedade contemporânea à qual eles – os direitos humanos - servem corresponde, exatamente, à fase de especificação desses mesmos direitos.

Certamente, tal situação possui inúmeras implicações em relação a conceitos ontológicos no âmbito estatal, a exemplo da noção de soberania, supra aludida, tendo-se, destarte, a partir disto, não apenas se revisitado opções e concepções jurídico-políticas historicamente consolidadas, mas também se vislumbrado a moldagem e a ascensão de noções outras atualmente indissociáveis do nominado Estado Democrático de Direito.

1.3 A PERCEPÇÃO CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS NAS ÓTICAS DO UNIVERSALISMO E DO POSITIVISMO GLOBALIZANTES

1.3.1 Historicismo, positivismo e globalização: por uma leitura crítica e sustentável dos direitos humanos.

Os direitos humanos, tais como a modernidade os conhece e qualifica, sempre tiveram cunho internacionalista, já que nascidos de reivindicações coincidentes com o avanço do constitucionalismo em sede global, ainda que antes de se falar em constitucionalismo global no sentido de integração entre povos. A globalidade aqui falada diz do crescente reclame dos Estados-nações por constituições que viessem a salvaguardar tais direitos.

Para se precisar melhor a questão, os direitos humanos, ao menos em sua versão moderna – única que é reconhecida de forma uníssona pelos doutrinadores do tema - nascem internacionais e nacionalizam-se como imperativos de crescente reconhecimento por parte da comunidade internacional. No entanto, jamais essa “nacionalização” sucede de forma integral, de forma a excluam-se os mecanismos de proteção internacional desses direitos, os quais só tem se expandido através das Cortes Internacionais.

Dado esse peculiar desenvolvimento, os direitos humanos apresentam potencial de diálogo crescente e paralelo entre as ordens nacional e internacional, persistindo com o Estado e também apesar e para além deste. Trata-se aqui de uma expressão que, em sua acepção contemporânea, busca unir um conjunto de

direitos sem o qual o ser humano não poderia viver dignamente e tal condição *sine qua non* – vida digna – não ostenta fronteiras, em que pesem inclusive as raízes liberal-capitalistas da positivação desses direitos.

Mas isto não insere tais direitos em uma posição de uníssona e automática prevalência, de indissolúvel preponderância. Dificuldades, paradoxos e aporias parecem integrar a tônica de seu discurso, tanto quanto a transcendência que lhes parece ser imanente.

Do ponto de vista político, conforme doutrina Douzinas, a retórica dos Direitos Humanos aparenta ter triunfado, haja vista a sua contraditória adoção tanto pela esquerda quanto pela direita nos mais remotos e conflitantes espaços mundiais, o que, a despeito da transformá-los – os direitos humanos - na “única ideologia na praça”, converte-se em sério mecanismo de auto enfraquecimento, este vertido a muitos paradoxos.⁵⁸

58 A ideia posta é a de que, na perspectiva mundial da globalização, os direitos humanos expressam uma ideologia que não serve apenas às minorias desfavorecidas, traduzindo-os - não sem uma considerável dose de ironia - no “fado da pós-modernidade, a energia das nossas sociedades, o cumprimento das promessas do Iluminismo de emancipação e autorrealização” (DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 19). Segundo o autor, literalmente: “Direitos naturais e humanos foram concebidos como uma defesa contra o domínio do poder, da arrogância e a opressão da riqueza. Após sua inauguração institucional, eles foram sequestrados por governos cientes dos benefícios de uma política moralmente confiável. Essa tendência encaminha-se agora para seu estágio final. Os Direitos Humanos são a forma como as pessoas falam sobre o mundo e suas aspirações, a expressão do que é universalmente bom na vida. Encontram-se entranhados na nova ordem mundial; suas reivindicações adotadas, absorvidas e reflexivamente seguradas contra objeções. Concordância e crítica, aprovação e censura são partes do mesmo jogo, ambas contribuindo para a proliferação e colonialismo sem fim dos direitos. Os Direitos Humanos tornam-se o credo das classes médias. Nesse sentido, a maior realização do discurso dos direitos não é o encurtamento da distância entre o Leste e o Oeste, a Esquerda e a Direita ou o rico e o pobre, mas a imposição da ideologia dos ricos aos pobres. Porém, paradoxalmente, um resíduo de transcendência ainda resta. Toda vez que um pobre, ou oprimido, ou torturado emprega a linguagem do Direito - porque não existe nenhuma outra disponível atualmente - para protestar, resistir, lutar, essa pessoa recorre e se conecta a mais honrada metafísica, moralidade e política do mundo ocidental. Permita-se repetir: os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer”. (*O FIM dos Direitos Humanos*, p. 16).

Entende-se a crítica procedida quanto aos paradoxos oferecidos pelos direitos humanos a partir da percepção de sua gênese, especialmente considerando-se que foram eles assimilados pelas mais variadas formas estatais ao logo da história humana. Particularmente, quando assimilados eles pela ideologia liberal capitalista, sendo empregados como instrumentos da luta de classes burguesa, esses direitos perderam muito de seu potencial libertário, o qual é muitas vezes mitigado ainda na atualidade pelas forças políticas e econômicas que reclamam seu discurso de forma meramente retórica. Mas esta é só uma parte da história conhecida de tais direitos e parte do uso que se pode e que se faz deles na atualidade.

Destarte, o próprio Douzinas, em sua ferrenha crítica, trata de reconhecer que os direitos humanos, embora empregados inicialmente como instrumento legitimatório da luta de classes burguesa, trataram de vencer não apenas esse liame de parcialidade primevo, mas também o seu emprego no âmbito do socialismo comunista, chegando à contemporaneidade sendo reclamados pela quase totalidade dos regimes de governo existentes no mundo.⁵⁹

59 Não se pode deixar de perceber a crítica imanente procedida pelo autor, que não deixa de apartar a noção de direitos humanos de uma apontada acepção ideológica. Literalmente: *“Os direitos humanos estavam ligados inicialmente a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática. Mas suas pressuposições ontológicas, os princípios de igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder político deve estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida. O colapso do comunismo e a eliminação do apartheid marcaram o fim dos dois últimos movimentos mundiais a desafiar a democracia liberal. Os direitos humanos venceram as batalhas ideológicas da modernidade”*. (O FIM dos Direitos Humanos, p.17).

Mesmo assim se diz ainda persistirem dúvidas quando a essa vitória humanista, vez que tais direitos nunca foram tão violados, daí porque o seu triunfo seria um verdadeiro paradoxo.⁶⁰

De fato, a distância entre a teoria e a prática dos direitos humanos é sim motivo para que se coloquem em dúvida seus princípios e suas promessas de “emancipação pela razão e pelo direito”, especialmente por um direito asséptico, neutral ou meramente formalístico-dogmático, diverso do que aqui se defende.

Nisto, o positivismo, tal e qual forjado pelo liberalismo iluminista, assumiu a inglória tarefa legitimadora do capitalismo global e o antídoto a esse elemento produtor de desigualdades sociais globais teria vindo na forma dos direitos humanos.⁶¹ O problema esteve, no entanto, no fato de terem tais direitos sido postos a serviço teórico da limitação estatal no mesmo passo em que foram postas em curso práticas de violação direta e também simulada desses mesmos direitos, pondo em cheque sua efetividade e, conseqüentemente, provocando sérias crises tanto no âmbito do discurso humanista quanto na análise dos instrumentos estatais e supraestatais – inclusive jurídicos – garantidores de tais direitos.

Para Villey, a proliferação das Declarações de Direitos Humanos surgiu como um instrumento reacionário, de defesa

60 Assim, são válidas as indagações do autor: “Qual trajetória histórica conecta o Direito Natural clássico aos direitos humanos? Que circunstâncias históricas levaram à emergência dos direitos naturais e, mais tarde, dos direitos humanos? Quais são as premissas filosóficas dos discursos dos direitos? Quais são hoje a natureza, a função e a ação dos direitos humanos, de acordo com o liberalismo e seus muitos críticos filosóficos? São os direitos humanos uma forma de política? São eles a resposta pós-moderna ao esgotamento das majestosas teorias e grandiosas utopias políticas da modernidade?”. (O FIM dos Direitos Humanos, p. 17).

61Aí, os direitos humanos são apresentados como uma figura “tirada da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do Século XIX erradamente anunciaram”. (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos* (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 2/3).

contra os abusos estatais, fundamentando a revolução⁶². Mas seu emprego subsequente – domesticado - se deu de forma indiscriminada, sem limite conteudístico, qualificado pelos excessos da neutralidade positivista, que enfraqueceu e enfraquece o direito em seu potencial de reação contra os excessos da economia e da política.

Logicamente, desde a instauração do positivismo jurídico várias alterações nos modelos de constitucionalismo e de Estado, que nasceram exclusivamente liberais, têm conduzido a novas construções e leituras também no âmbito dos direitos humanos. Sedimentaram-se nas esferas nacionais uma teoria e uma prática constitucionais tendentes à concretização dos assim chamados direitos fundamentais, cujo conteúdo se viu enriquecido pela abertura das ordens nacionais ao direito internacional. Essa abertura possui, no entanto, uma dúplici faceta, pois é produto de interferências e influências globais que os próprios estados não estão ainda preparados para absorver. Na verdade, é preciso dizer que essa abertura, numa relação nitidamente circular, é produto da referida crise, mas também a produz ou, no mínimo, a enfatiza.

62 A respeito, ler Viley, literalmente: *"Paralela à produção dos Códigos dos grandes Estados modernos, depois à proliferação de textos cada vez mais técnicos, nasceu outra espécie de literatura jurídica: as Declarações de Direitos Humanos. Isso começou nos Estados Unidos da América, por volta de 1776. Depois veio o manifesto da Constituinte e outras produções da Primeira República Francesa. Novas versões enriquecidas por ocasião das diversas revoluções do Século XIX. Depois da última guerra mundial, texto fundamental: A Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, à qual deu seguimento a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e uma série de preâmbulos constitucionais ou de tratados a ela referentes. Elas foram, repito, uma arma defensiva; em 1789, contra o pretensão absolutismo da monarquia capetiana (não é seguro que ela merecesse esse qualificativo); ou, em 1948, contra o fantasma de Hitler; contra as ditaduras de todos os tipos. Geralmente, um remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça". (O direito e os direitos humanos, p. 314).*

A recente crise que atingiu o Estado Social, especialmente em sua identidade nacional, entrelaça viciosamente com outras categorias essenciais da modernidade e da contemporaneidade, tal qual o constitucionalismo e a democracia – além dos próprios direitos humanos e do Estado – trazendo os direitos humanos mais uma vez à centralidade de um cenário dificultoso, de extrema complexidade, onde não se pode falar mais apenas na proximidade quase confortante dos direitos fundamentais.

Nem se venceram ainda os tortuosos caminhos em busca da concretização dos direitos fundamentais e já se vislumbram retrocessos na consideração destes. De mais a mais, numa realidade de direito interno e internacional entrelaçados – não confundidos, advirta-se – a abordagem de uma categoria que não se limite às prescrições internas é imperativa, reconheça-se.

Mesmo segundo Douzinas, não se pode negar, em qualquer circunstância e sob quais críticas forem, nem a origem liberal dos direitos humanos nem tampouco a sua importância, especialmente nas ambiências filosófica e política da humanidade. Acrescentamos aí que tampouco se pode negar sua importância jurídica essencial, no que lembra o autor que os direitos humanos podem ser encarados por uma perspectiva subjetiva e por outra perspectiva institucional. No primeiro caso, eles conduzem à construção de um “sujeito (jurídico)” livre, mas submetido à lei. Na segunda configuração, eles representam “um discurso e uma prática poderosos no Direito Nacional e no Internacional”.⁶³

Tal poder – tanto do ponto de vista prático, quanto do ponto de vista teórico – é centralizado no presente trabalho, sendo

63 *O FIM dos Direitos Humanos*, p.22.

ponto que merece ser fixado desde já.

Mas essa importância não se resume à construção ou à pesquisa meramente “apologética” de doutrinas ou que visam apenas “atestar o reinado dos direitos humanos” e sua coerência em relação aos escritos mais antigos da humanidade, empregando-se as expressões de Villey.⁶⁴

Também se fez e se faz importante, a nosso sentir, evitar uma apresentação simplificada e generalizante desses mesmos direitos, como adverte Douzinas⁶⁵, sendo equivocado basear-se em uma regra de “progressivismo evolutivo”, como se o presente fosse sempre melhor que passado.

A defesa ora posta não se baseia na fixação de uma abordagem humanística que tenha a pretensão de eliminar todos os erros e preconceitos passados e presentes. Dadas as tantas violações de tais direitos, que ainda hoje não são poucas, uma tal ideia seria impraticável, inclusive do ponto de vista meramente teórico. Ignorar as dissociações havidas entre a teoria e a prática, entre o ideal e o real, entre os reinos do ôntico e do deôntico corresponde uma prática que só pode ser qualificada como infrutífera.

Nisto, como já se disse supra que um dos pressupostos do presente trabalho se fixa na força nacional e internacional dos

64 Para o autor, limitar-se a atestar a compatibilidade dos direitos humanos com a Bíblia, o Alcorão e o Código de Hamurabi é uma contraverdade, já que assegura ele terem nascido os direitos humanos na Europa moderna, em que pese “a unidade da natureza do homem e sua eminência” terem sido apontadas desde os tempos mais remotos. (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, p. 9/10).

65 O historicismo - mais que inadequado -, a esse ensejo, torna-se perigoso e nefasto ao direito e em particular aos direitos humanos. A validação exclusivamente histórica de pensamentos e acontecimentos como se não existissem ideias ou padrões fora de um determinado período histórico em particular é coincidente, no direito, com o positivismo e excluiu da tradição jurídica o elemento natureza como “*padrão quase objetivo contra a qual as leis e as convenções podiam ser criticadas*”. (DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009, p. 27/28).

direitos humanos, se diz agora que também está entre seus pressupostos centrais uma postura formal-pragmática desses mesmos direitos, visando-se aliar a teoria e a prática que os cerca.

Isto impõe que, na presente análise, haja consideração expressa dos riscos que o positivismo - ainda reinante no direito, embora sob vestes outras e aprimoramentos muitos - impõe à contemporaneidade jurídica, riscos que, se não identificados e tratados, são capazes de esvaziar também o importante conteúdo ético-valorativo dos direitos humanos.

As exigências do positivismo em sua genética ligação com o liberalismo levaram primacialmente ao abandono jurídico de aspectos míticos e religiosos⁶⁶, passando-se a uma realidade onde os “conceitos substantivos de justiça” foram substituídos por “conceitos processuais e formais”, tendo-se ainda...

(...) a identificação da lei com regras postuladas pelo Estado e a destruição da tradição mais antiga de acordo com a qual todo o direito (*dikaion* ou *jus*) é o que leva a um justo resultado nas relações entre cidadãos; a substituição da ideia de um direito de acordo com a natureza por direitos naturais e humanos que, como atributos do sujeito, são individuais e subjetivos e dificilmente podem estabelecer uma comunidade forte. Uma sociedade baseada em direitos não reconhece deveres; reconhece apenas responsabilidades oriundas da natureza recíproca dos direitos sob a forma de limites aos direitos para a proteção dos direitos dos outros.

A consequência dessa transição histórica que relativizou a totalidade do pensamento humano em face do seu contexto é que também os direitos humanos, igualmente relativizados e ínsitos ao progresso histórico, passam a não serem mais prote-

66 Isso seria correspondente a eliminação de todo um “cosmos pré-jurídico”. (DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009, p. 27/28).

gidos das mudanças, sendo empregados enquanto durar a legislação nacional ou internacional que os contempla. Aliam-se em tal contexto o “voluntarismo do positivismo” e o “legalismo dos direitos”, de sorte que, não oferecendo a natureza mais nenhum critério para definição daquilo que é correto, “todos os desejos dos indivíduos podem ser transformados em direito”.⁶⁷

Isto implica dizer que a humanidade e a subjetividade das pessoas passam a corresponder à aquisição de direitos, direitos estes que se transformam no “reconhecimento legal da vontade do indivíduo”, sendo reduzidos “às prioridades disciplinadoras do poder e da dominação”. Nisto, “a substituição do Direito Natural transcendente pela vontade geral imanente” transforma toda instituição popular em elemento sagrado, de sorte que, sob o aviso de Leo Strauss, “se o critério último da justiça passa a ser a vontade geral, i. e., a vontade de uma sociedade livre, o canibalismo é tão justo quanto o seu oposto”.⁶⁸

Transmudar para os direitos humanos, sob pretextos de eventual segurança jurídica ou de neutralidade necessárias, esse caráter asséptico e extremamente neutral do positivismo de origem ou mesmo assimilar de forma acrítica as teorias que negam conteúdo ético-político e sócio axiológico a tais direitos, de forma a eliminar de sua abordagem questões essenciais à justiça e à dignidade humanas, se perfaz em conduta deveras perigosa.

Mais que perigosa, tal abordagem ou aplicação é incompatível com os direitos humanos, desde a expressão que os designa, até o conteúdo democrático que os anima. Da mencionada

67 DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 28.

68 DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 29.

expressão – direitos humanos – e de sua historicidade e pertinência contemporânea tratamos no presente capítulo. A questão de suas relações com a democracia e com o Estado social e o constitucionalismo da atualidade são assuntos para os capítulos subsequentes.

Uma última consideração, entretanto, de inter-relação conceitual e pragmático-legitimatória, merece ainda destaque antes da conclusão do capítulo. Diz ela do ressaltado o caráter composto da expressão “direitos humanos”, a qual, segundo Douzinas, não remete a uma ocasionalidade desprezível, embora sua multiplicidade imanente passe despercebida a muitos. Para o autor⁶⁹, a expressão reúne um conjunto material de “ligações paradoxais e alianças superficialmente antinaturais”. Em termos, a expressão relacionaria termos contraditórios entre si. A par disto, no afã centralizante dos “direitos humanos”, o humanismo e seu movimento revolucionário aparecem aliados à tradição da disciplina do Direito, qualificada por Douzinas como dotada de “tradições arcaicas e procedimentos antiquados”⁷⁰.

Explicita ele, nesse sentido, que o nascimento de tais direitos deveu-se a um curto espaço de tempo histórico onde tais tradições se uniram às pretensões da filosofia política e da ciência

69 DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). O FIM dos Direitos Humanos, p. 28.

70 Literalmente: “A introdução da natureza humana e de seus direitos no discurso jurídico do século XVIII assinalou uma nova origem ideacional. A instituição jurídica com sua história, tradição e lógica teve que acomodar as reivindicações extravagantes dessa ideia revolucionária. Uma importante consequência desta nova combinação de filosofia, história e prática jurídica foi que o conceito de natureza humana é puxado para duas posições contraditórias. Pede-se que forme o princípio do Direito e da política. Em outras palavras, que se torne a nova origem ideacional do Direito, que venha antes e constitua o Direito. Mas os direitos das pessoas empíricas continuam sendo concessão, e sua natureza concreta a criação do sistema jurídico”. (DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). O FIM dos Direitos Humanos, p. 36)

política, o que remete a curto período de tempo datado do início da modernidade, vindo a repetir-se novamente apenas após a Segunda Guerra Mundial. Nisto, “os direitos humanos são tanto criações quanto criadores da modernidade, a maior invenção política e jurídica da filosofia política e da jurisprudência modernas”⁷¹. Essa modernidade que é característica de tais direitos prende-se a aspectos vários e marcantes: eles promovem a priorização do homem no lugar da sociedade, ao passo que o direito natural clássico priorizava as comunidades humanas, conferindo ao homem um lugar específico dentro de tais coletividades; os deveres ínsitos ao pensamento político são convolados em direitos, os quais eram tidos por obrigações e compromissos tradicionais impostos ao indivíduo.

Assim, o homem, enquanto “centro do mundo” gesta um Estado baseado numa individualidade humana sem limites a priori, legalizando-se inclusive a política. Contraditoriamente, o papel do Estado é produzir um sistema de limitação e freios à vontade humana na qual ele mesmo – o Estado – passou a basear-se e que ele mesmo passa a institucionalizar, mediante o uso da linguagem dos direitos.

⁷¹ Em resumo quanto à passagem do Direito Natural clássico para os direitos humanos e sobre a “positivação da natureza” e da “legalização do desejo” que tal passagem contempla, especifica Douzinas: *“A passagem do Direito Natural Clássico para os direitos humanos contemporâneos é, portanto, marcada por duas tendências analiticamente independentes, porém historicamente ligadas. A primeira transferiu o padrão de direito da natureza para a história e, com o tempo, para a humanidade ou civilização. Este processo pode ser chamado de positivação da natureza. Seu lado inverso é a legalização – incompleta da política, que torna o Direito Positivo o terreno não apenas do poder, mas também de sua crítica. A segunda tendência, intimamente relacionada à primeira, foi a legalização do desejo. O homem foi transformado no centro do mundo, seu livre arbítrio tornou-se o princípio da organização social, seu desejo infinito e irrefreável conquistou reconhecimento público. Este duplo processo determinou a trajetória que uniu historicamente, mas separou politicamente, o discurso clássico da natureza e a prática contemporânea dos direitos humanos”*. (DOUZINAS, Costas. *O FIM dos Direitos Humanos*, p. 37/38).

Não é preciso muito esforço para ver-se que tal relação de circularidade, sem um mínimo ético plausível há de conduzir à própria implosão do sistema social pela institucionalização irracional e ilimitada da vontade e do individualismo humanos. Não admira que se fale em uma linguagem paradoxal e aporética de tais direitos, mas mesmo os que assim dizem são incapazes de negar o seu papel central e inarredável na proteção do ser humano em face dos excessos do poder estatal.⁷²

Para efeitos deste trabalho, qualifica-se como valiosa também a advertência de que mesmo essa proteção, de tendências ampliativas, deve ser compatibilizada com uma análise do Estado dentro das possibilidades concretas deste. Não de menos, ao ensejo da supercomplexidade sócio contemporânea, se nos parece que a diferença e o pluralismo não se comprazem com o individualismo exacerbado que o positivismo neutral alimenta. Ser humano do ponto de vista aqui abordado também implica não um mínimo ético qualquer, mas uma adequação ético-valorativa específica, que nem é mínima, nem máxima. Basta que se contemplem, ao mesmo tempo, noções de individualidade e de coletividade: os deveres que cada ser humano possui para com a coletividade que o acolhe devem conviver harmoniosamente com os direitos dos quais esse mesmo ser é titular, dentro de sua individualidade própria e reconhecida.

72 "Mas os direitos humanos são também a arma de resistência à onipotência do Estado e um importante antídoto contra a capacidade inerente do poder soberano de negar a autonomia dos indivíduos em cujo nome ele passou a existir. Os direitos humanos estão internamente fissurados: são usados como defesa do indivíduo contra um poder estatal construído à imagem de um indivíduo com poderes absolutos. É este paradoxo no coração dos direitos humanos que tanto move sua história quanto torna sua realização impossível. Os direitos humanos só têm "paradoxos a oferecer"; a energia deles deriva de sua natureza aporética". (DOUZINAS, Costas. O FIM dos Direitos Humanos, p. 38).

Os direitos humanos se apresentam aí, hoje, como ontem, enquanto um instrumento possível dessa realização.

Sua ideia, de fato, “talvez seja nossa única esperança de arrancar o direito da esclerose, e o único instrumento de seu progresso”, a despeito das várias acusações que lhes são feitas; a despeito de seus aspectos maléficos – cf. Edmund Burke -, em que pesem seus contrassensos – cf. Jeremy Bentham – e apesar de sua irrealidade e de sua “impotência manifesta” - cf. Benedetto Croce. Aliás, em Croce, os direitos humanos sequer seriam “direitos no sentido do positivismo jurídico”, mas tão e somente um ideal ou “modelos de realização” da liberdade e da igualdade.⁷³

Na ofensiva de Edmund Burke⁷⁴, ainda a título de exemplo, os direitos humanos são apenas uma construção abstrata que serve de face ou de invólucro justificador dos desejos individuais. Seriam eles pretextos para a busca humana de eternização de seus

73 Cf. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, p. 5/7.

74 Adverte ainda Burke que nós não tiramos da história as lições morais adequadas. Para ele, a história consiste em sua grande parte em misérias que são causadas pelo orgulho, pela ambição, avareza, vingança, luxúria, sedição, hipocrisia, dentre outros desejos e falhas humanas. Já os direitos humanos, assim como a moral, leis, prerrogativas, privilégios e demais liberdades, seriam apenas pretextos justificadores desses desejos, ainda que tais pretextos assumam a especial forma de realização do bem comum. Na percepção do autor, não adiantaria eliminar as estruturas que instrumentalizam o poder – tais quais monarcas, ministros de Estado ou do evangelho, intérpretes da lei etc. Isto porque não adiantaria mudar os nomes, devendo-se empregar esforços para resolver os vícios, evitando concentrar esforços nos modos transitórios a partir dos quais tais vícios se apresentam. Literalmente: *“History consists for the greater part of the miseries brought upon the world by pride, ambition, avarice, revenge, lust, sedition, hypocrisy, ungoverned zeal, and all the train of disorderly appetites which shake the public with the same troublous storms that toss [...] Religion, morals, laws, prerogatives, privileges, liberties, rights of men are the pretexts. The pretexts are always found in some specious appearance of a real good. [...] As these are the pretexts, so the ordinary actors and instruments in great public evils are kings, priests, magistrates, senates, parliaments, national assemblies, judges, and captains. You would not cure the evil by resolving that there should be no more monarchs, nor ministers of state, nor of the gospel; no interpreters of law; no general officers; no public councils. You might change the names. The things in some shape must remain”*. (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France* [1790]. Penguin Classics, 1986, p. 52 e 122/123)

vícios. Sua perfeição abstrata, aliás, corresponderia ao seu defeito prático, ao qual se somaria sua impossibilidade de definição.

A visão que contempla os direitos humanos como mecanismos de dominação e invólucros subservientes aos vícios da humanidade é tão comum quanto a percepção das falhas que o direito em geral manifesta em sua estreita relação com a moral e a ética sociais.

Se vislumbrado por uma ótica essencialmente procedimental e desprovida de qualquer conteúdo ético-axiológico, o direito, do qual são parte os direitos humanos, parece poder contemplar qualquer conteúdo. Mas a vertente defendida por este trabalho é substancial, material, incompatível com o absolutismo procedimental e, portanto, com a visão do direito, em especial dos direitos humanos, como mecanismo ou instrumento de dominação.

Ainda, é bem justo que se enfatizem os aspectos negativos da abstração, desde que não se negue sua indispensabilidade. Decerto, a formatação ideal de um norte humanista para a comunidade global pertence a um anseio tanto legítimo quanto necessário, embora não vertido à perfeição.

É certa ainda a existência de acepções dos direitos humanos - mundo a fora - que foram e são fartamente praticadas pelos monopólios que o poderio econômico e político engendra. Entretanto, fazer com que os direitos humanos instrumentalizem uma luta democrática e libertadora, vertida à realização da dignidade humana e da cidadania enquanto valores essenciais do Estado Democrático de Direito, é um dever do jurista comprometido com a sociedade à qual pertence.

Identificar e desmistificar os usos errôneos desses mesmos direitos faz parte dessa obrigação, pois, de fato, como bem ressaltado por Edmund Burke, a maldade é mais inventiva e um mesmo vício pode sempre assumir um novo corpo, não perdendo seu espírito pela mera alteração da aparência.⁷⁵ Embora se discorde que os direitos humanos assumam a função de oferecer mera roupagem aos vícios da humanidade, reconhece-se que formas distintas de utilização desses mesmos direitos podem conduzir a uma aplicação em descompasso com seu espírito libertário e contra hegemônico.

O desfazimento das maldades inventivas que buscam o emprego dos direitos humanos como mera roupagem para a satisfação de interesses particularizados e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito é um grande desafio; um desafio à altura da importância e do potencial libertário e legítimo de tais direitos.

Assim, embora não se possa ignorar as críticas postas, se entende que não há condições de esquecer a operatividade dos direitos humanos, devendo-se enfatizar sua significativa utilidade na batalha contra abusos governamentais e as arbitrariedades positivistas. Isto implica admitir que, quanto aos direitos humanos, “se porventura riscássemos esse termo do nosso vocabulário, ainda seria preciso substituí-lo por outro menos adequado”, não se tendo descoberto, até a atualidade, que termo seria esse.⁷⁶

75 BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*, p. 123

76 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, p. 8.

1.3.2. Universalismo versus Relativismo e Direitos Humanos: da contraposição extremada à gradação conciliadora.

De fato, como se viu no item supra, foram as crenças pautadas na existência de direitos inatos e inerentes ao ser humano enquanto tal - ou enquanto condutor e expressão de uma vontade divina superior - que permitiram justificar-se a limitação de poder a partir da fixação dos direitos humanos.

Tais noções desenvolveram-se e atingiram o seu ápice nos séculos XVII e XVIII, especialmente, como lembrado na transcrição supra, através das teorias contratualistas, com progressivo apartamento da Igreja (processo de laicização) e concomitante aproximação do jusracionalismo iluminista. Mas, em essência, essa fundamentação central remonta a inúmeras vertentes do jusnaturalismo.

Adiante, passando-se pelas abordagens do positivismo, da internacionalização jurídica apeada à dignidade humana, e não de menos pelo assim chamado “Direito das Gentes”, resta claro que a historicidade é um elemento marcante dos Direitos Humanos, tanto quanto o é a variação de fundamentos jurídicos e filosóficos de que se valeu a humanidade para fixar a essencialidade de tais direitos.

Mesmo quando se diz, com Bobbio, que a dignidade da pessoa humana é o fator central dessa justificação, pode-se mesmo objetar que se trata ela de uma construção histórica recente se comparada à ideia dos direitos inatos.

É fato que a dignidade atrai a necessária consideração do homem como titular de direitos decorrentes de sua humanidade, indistintamente, e o reconhecimento dessa condição eleva o ser humano à titularidade de direitos internacionalmente reconhecidos, o que tem por finalidade protegê-lo dos abusos cometidos inclusive pelo próprio Estado que ele integra. Um dos maiores problemas enfrentados pelos direitos humanos e que militam contra sua consistência e efetividade consiste, no entanto, em encontrar uma forma de alcançar o consenso acerca dos elementos que constituem e possibilitam essa dignidade.

Indaga-se como transpor os direitos humanos de sua posição ideal para a realidade a partir de um conjunto protetivo de direitos cuja uniformização e universalização parece ser de insolúvel problemática. Daí porque se fala na teoria humanista como meramente apologética ou exclusivamente declaratória, desprovida de efetividade ou de impactos reais, para longe da mera retórica.

A história nos alerta para a necessidade de uma proteção axiológica mínima que impeça os abusos decorrentes da inescrupulosa ordem do mais forte, mas se perfaz dificultoso evitar a reincidência em tais erros históricos se o instrumento de sua elisão nasce amorfo, sendo produto de uma construção cultural. É exatamente nesse contexto de profunda complexidade e de inegável paradoxo que se apresentam as teorias relativistas e universalistas em consideração aos direitos humanos.

Conforme Piovesan⁷⁷, na compreensão dos universalistas “os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto

77 Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1.

valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irredutível – ainda que se possa discutir o alcance deste ‘mínimo ético’”. E ainda conforme ela:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e estas culturas produzem seus próprios valores.

Essa contraposição é, na verdade, uma concepção ideal da forma como se dariam as diferenças essenciais entre os adeptos do universalismo e os defensores do relativismo, a fim de se conferir um ponto de partida para a discussão travada. Nada obstante, o que se encontra no desenrolar das abordagens ditas universalistas ou relativistas é uma crescente busca pelos pontos de encontro que permeiam os fundamentos de cada uma dessas posições iniciais, dadas as evidentes dificuldades – e mesmo as impossibilidades racionais – de se manter um discurso extremista em meio à pluralidade do mundo atual.

Os Estados nacionais, quer sejam simpáticos à ordem internacional e às alterações que ela opera nos lindes da soberania nacional, quer não o sejam, veem-se inseridos em tal ordem por um emaranhado de relações e interdependências reais que a teoria só poderia negar à título de um contrassenso inócuo, de pura vertente oposicionista.

Os problemas comuns gestados por tais interdependências e as diferenças minadas diuturnamente pelas relações mútuas entre nações apontam para um pluralismo singular, mas também

sujeitam as culturas nacionais à vivência com parâmetros, valores e éticas com pretensões fundamentadas de preponderância. Nisto, como já posto, faz-se cada vez mais dificultosa a justificação de uma postura extremada, tanto para os universalistas quanto para os relativistas. Mesmo os internacionalistas considerados como de maior grau na defesa universalista estabelecem mecanismos de gradação dessa postura acima indicada como ideal e inicial.

Flávia Piovesan⁷⁸, v. g., assumindo a lição do norte-americano Jack Donnely, fala em direitos humanos relativamente universais, embora insista no que nomina de universalidade moral e fundamental. Segundo a autora, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 é seguidora de um “forte universalismo” ou “fraco relativismo cultural”, dentro de parâmetros específicos de razoabilidade, onde se admite variações culturais limitadas na interpretação dos direitos humanos e na forma de realização destes. De toda sorte, o universalismo, ainda que compreendido em termos, é realçado pela autora especialmente por força de sua defesa no sentido de que o tratamento dos cidadãos de um determinado Estado não é questão de interesse exclusivamente interno.

Os fundamentos apontados para tal postura são vários, desta feita agora mais próximos da atualidade do “direito das

78 Nas palavras da autora: “Mais uma vez, reforça-se a concepção universal dos direitos humanos e a obrigação legal dos Estados de promover e respeitar os direitos e liberdades fundamentais. Reitera-se a ideia de que a forma pela qual um Estado trata seus nacionais não se limita à sua jurisdição reservada. A intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, subsidiariamente, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção dos direitos humanos. O movimento internacional de direitos humanos e a criação de sistemas normativos de implementação desses direitos passam, assim, a ocupar uma posição de destaque na agenda da comunidade internacional, estimulando o surgimento de inúmeros tratados de direitos humanos, bem como de organizações governamentais e não governamentais comprometidas com a defesa, proteção e promoção desses direitos”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 160/161).

gentes”, que criou documentos internacionais vários para fixação e defesa da dignidade humana e de seus conseqüências, multiplicando no âmbito internacional a normatização consensual entre vários povos acerca do tão conturbado mínimo necessário à proteção do ser humano enquanto sujeito de direito internacional.

Também se fala em universalismo ou relativismo fortes ou fracos, a depender da gradação de variantes fundamentais defendidas pelos adeptos das respectivas posturas.

Nesse mesmo ensejo, Karine Finn⁷⁹ traz a lume o universalismo sóbrio de Kersting, ressaltando que tal autor expõe acerca da necessidade de se garantir uma condição mínima necessária desde o ponto de vista antropológico e sem a qual não se pode falar em desenvolvimento humano.

79 Para a autora: “*Todo o ser humano é finito e vulnerável ao sofrimento – dor, violência, tortura, miséria e fome, opressão e exploração. E, sendo assim, somente o Estado é capaz de garantir sua proteção. (...) Kersting explica que os direitos condicionais, relativos à existência humana, são de simples reconhecimento. A renúncia ao emprego de violência e o estabelecimento de uma ordem normativa compririam as suas exigências. Por isso é possível utilizar a área biológica da antropologia e não a culturalista para justificar sua aplicabilidade universal. Por outro lado, diz que nos casos de direitos programáticos ‘existem espaços de configuração, variantes de interpretação’, influenciados por particularidades históricas e peculiaridades culturais. A teoria de Kersting procura demonstrar a existência de certos interesses humanos fundamentais, que fazem parte de sua natureza e, portanto, possuem status antropológico. Em suma, interesses que se não forem satisfeitos poderão impedir o desenvolvimento individual, dentro de cada contexto cultural. São, portanto, interesses sem os quais se torna impossível a realização de projetos de vida e que, por isso, carecem de proteção jurídica prioritária. Trata-se da autoconservação, da incolumidade física e da condução da vida – tanto o interesse pela existência quanto pelo abastecimento, subsistência. O pleno funcionamento das capacidades biológicas do ser humano deve estar sempre assegurado, o que pressupõe, em termos de direitos humanos, a abolição de toda ação conflitante com os interesses existenciais básicos. Kersting conclui pela existência de uma ‘zona central inegociável’, referente a uma ‘área de carência básica’ de todas as pessoas, que dispensa qualquer interpretação cultural. Entretanto, aparece mais um fator antropológico na sua teoria, qual seja, o desenvolvimento. Além dos níveis de significado relativos à existência e subsistência, deve ser acrescido o desenvolvimento como mais uma camada dos direitos humanos, uma vez que a capacidade de otimização é algo inerente às pessoas.* (In Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1, p. 44/45).

Visivelmente, tal teoria resgata a inerência humana de tais condições mínimas que é explorada desde as concepções jusnaturalistas de inicial fundamentação humanística, o que enfatiza aspectos de uma discussão claramente problemática. Mas não só isto, posto que, como bem especificado por Finn⁸⁰, “Kersting justifica o universalismo no fato de que o processo de globalização provoca, inevitavelmente, uma proximidade entre as pessoas”. Daí surgiria o imperativo de gestar uma “moeda normativa universal”, o correspondente de “uma linguagem normativa comum”. A par disto, o autor revelaria “um novo intervencionismo de atuação internacional, capaz de garantir a paz ao mesmo tempo em que reforça o cumprimento dos direitos humanos”.

De fato, a normatividade internacional, agora crescente, tem permitido que as fundamentações metafísico-filosóficas de outras horas sejam substituídas pelo compromisso internacional de pactuação com vistas a definição dos ditos padrões mínimos de proteção dos direitos humanos.

É bem verdade que a historicidade dos direitos humanos e as variantes de fundamentação ressaltados no item a este anterior lançam um problema relevante no seio da discussão em apreço. Isto é utilizado como justificativa para o relativismo por autores diversos, a exemplo de Leonardo Massud⁸¹, que vê na

80 Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo, p. 46/47.

81 Segundo Massud: *“Embora seja insustentável a manutenção das odiosas práticas citadas por Jack Donnelly, nem por isso se pode inferir lógica, filosófica ou sociologicamente que os valores expressados pela rejeição de tais atos sejam universais, imutáveis e perceptíveis a partir tão-somente da racionalidade intrínseca a toda a raça humana. Mesmo porque, num passado não muito distante, as ‘mesmas’ sociedades que hoje reivindicam a universalidade dos direitos aqui esciam e, mais do que isso, estimulavam algumas das práticas acima referidas, não só como meio de defender-se do inimigo externo, mas de promover o bem-estar*

inexistência de uniformidade e de imutabilidade dos Direitos Humanos um empecilho à sua afirmação e proteção geral.

A nosso sentir, o equívoco central da postura inicialmente relativista – vez que algumas variantes dessa defesa podem apresentar pontos convergentes com o universalismo dito relativista – está na afirmação de que o universalismo gera uma imposição filosófica, social e lógica de que sejam observadas pautas de direitos caracterizados por uma imutabilidade própria da natureza humana. Fincando-se essa ideia como pressuposto básico do universalismo é que a crítica em questão se adianta na acusação de que a postura universalista é contra pluralista, imperialista e monoclar do ponto de vista cultural.

Sucedem que nem o universalismo pretende a imutabilidade de suas noções nem tais noções são postas, numa vertente razoável de tal teoria, de forma a eliminar a diversidade cultural. Uma tal postura ou é fruto de atitudes extremistas falsamente universais ou é produto de clara ignorância quanto à evolução tratativa dos direitos humanos, seja em sua cronologia, seja em sua teorização básica.

A teoria dos Direitos Humanos, que verte à proteção universalista, como demonstrado acima, não ignora a historicidade dos direitos que defende, nem apregoa a eliminação do pluralismo. Nem poderia fazê-lo, já que sua evolução depende dessa historicidade, inclusive quanto a seus fundamentos, ao passo que o pluralismo enquanto elemento próprio da democracia é indispensável à defesa das minorias tão enfaticamente açambarcadas

de seu povo”. (MASSUD, Leonardo. Universalismo e Relativismo Cultural. In *Direitos Humanos*, Volume II. Curitiba: Juruá, 2007, p. 65).

pelo processo de especificação dos direitos humanos. Esta estreita relação entre pluralismo e democracia será uma das questões abordadas nos capítulos subsequentes.

Daí porque também a atual e destacada fase de desenvolvimento em que se encontram os direitos humanos apontam para a especificidade baseada na diferença, na multiplicidade e complexidade sociais, conforme igualmente já delineado supra.

Mas é preciso ter-se em mente que o pluralismo - enquanto pressuposto democrático - não consubstancia autorização para violação de direitos e para desconsideração do ser humano em sua condição fundamental de dignidade. A defesa do pluralismo é vertente da não-discriminação enquanto variação da igualdade e instrumento de realização do princípio da dignidade.

Não se vislumbra aqui em que sentido a afirmação da valorização cultural implicaria na permissão para violação de direitos humanos em sua centralidade, por mais difícil que seja definir essa centralidade e alcançar um consenso a seu respeito, algo no que em muito tem avançado o “direito das gentes” ou “direito dos povos” - primordialmente pelo diálogo internacional e pelo consenso dos pactos supranacionais.

Obviamente, particularidades culturais devem ser permitidas e valorizadas enquanto não afrontarem o ser humano em sua dignidade. Neste entremeio, aliás, se nos parece por demais generalista e presunçosa a ideia de que a afirmação de direitos inerentes à dignidade humana pode vir a prejudicar a diversidade cultural da humanidade, vez que mesmo em seus máximos esforços de codificação plena muito longe anda o legislador de obter a normatização total do objeto da cultura.

Neste trabalho, no entanto, a hermenêutica defendida para o ordenamento jurídico pátrio pauta-se na fixação de condicionantes interpretativos que conduzam à proteção máxima dos direitos humanos – e não à sua proteção mínima. Tal hermenêutica, no contexto da presente abordagem, se faz mais condizente com os preceitos que animam o Estado Democrático de Direito.

Obviamente, não é fácil identificar um conjunto específico - mesmo mínimo - de direitos e transformá-los em pautas com efetividade comunitária, mas esta certamente não é uma tarefa menos necessária e complexa do que aquela já enfrentada pela humanidade quando se deparou com os horrores da guerra e da coisificação do ser humano. Furtarem-se a esse papel pelas dificuldades que ele encerra não é possível aos Estados da atualidade e muito menos à comunidade internacional por eles formada, ao menos não enquanto tais formações institucionais se pretenderem democráticas.

Capítulo 2: DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER POPULAR

2.1 AS FORMAS DEMOCRÁTICAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1.1. O conceito de democracia e suas aporias

A expressão “democracia” teria sido empregada pela primeira vez pelo historiador grego Heródoto, correspondendo à reunião das expressões “demos”, que significa povo, e “kratein”, correspondente a governar.⁸² Ou seja, tanto em sua origem conhecida quanto na atualidade, o sentido mais comum de democracia remete ao governo do povo.

A fórmula que apregoa a efetivação de um governo do povo pelo próprio povo – na conhecida expressão de Abraão Lincoln - comporta várias dificuldades reais, as quais se centraram, principalmente e ao longo da história, na identificação dos instrumentos capazes de promover a implementação de tal governo comum. Trata-se de um regime de governo que, dos gregos aos contemporâneos, atravessou os tempos, seguindo dos dias mais remotos para chegar ao momento atual com a carga de todos os complexos condicionantes históricos aos quais sobreviveu. Assim, não se pode ignorar que viceja ela “com tamanha força que

82 OUTHWAITE, William & BOTTOMORE (ed.), Tom. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 179.

atualmente existem poucos países no nosso planeta que não a reivindicuem”.⁸³

Nada obstante, tal importância e envergadura históricas não garantem uma clarificação precisa da noção de democracia e tampouco conduzem à capacidade de solucionamento real dos problemas que se propõe ela a resolver. Ainda, tenha-se que as elevadas perspectivas e esperanças que o regime fomentou ao longo dos tempos impuseram-lhe e impõem-lhe inúmeros riscos, o que decorre tanto da estrutura organizacional da comunidade que visa reger, em nível político, quanto das imposições decorrentes da liberdade e da dignidade humana, nos planos jurídico e filosófico.⁸⁴

Como lembra Dahl, os termos “democracia” e “democrático” sofreram uma expansão de uso tão grande que se faz “tentador” imaginar que possam eles significar qualquer coisa, tal como no famoso diálogo entre Humpty Dumpty e Alice, na clássica obra *Alice no País das Maravilhas*⁸⁵. A advertência é a de que, embora possa parecer o inverso, “as palavras importam sim”⁸⁶. Ou seja, não se pode chamar de democracia qualquer

83 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 02.

84 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?*, p. 14.

85 O diálogo destacado pelo autor (DAHL, Robert (Trad. Beatriz Sidou). *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 215) está inspirado em uma das mais antigas discussões da filosofia, travada no âmbito da semântica e que trata do grau de arbitrariedade das palavras:

“- Quando uso uma palavra, ela quer dizer exatamente o que eu quiser - disse Humpty Dumpty em tom bastante zombeteiro.

- Nada mais, nada menos.

- O caso é saber se você pode mesmo fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes...

- disse Alice.- Só isso!”.

86 A par de tal circunstância, explica Lenio Luiz Streck que se trata aí do dissenso entre a posição semântica naturalista e a convencionalista. No primeiro caso, “cada coisa tem seu nome por natureza (o logos está na physis)”; no segundo, de natureza sofisticada, “a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, isto é, não há qualquer ligação entre palavras e coisas”. (STRECK, Le-

governo, embora essa seja uma prática comum na atualidade. Destarte, o próprio Lenin afirmou sua “democracia proletária”, mesmo tendo sido ele “o arquiteto mais importante na construção dos alicerces do regime totalitário” soviético.⁸⁷

O conceito assumiu tamanha difusão após a Segunda Guerra Mundial, momento que demarca a corrida mundial pelo uso de seu caráter legitimante. De fato, a partir da década de 40, o que acontece é um processo de ordinarização do emprego terminológico da democracia, transformando-se o termo “numa palavra universalmente honorífica”, o que enseja o necessário cuidado, a fim de que não se transforme a democracia em “uma simples armadilha verbal”. De fato, a par da ausência de unanimidade em torno do conceito de democracia, prevalece atualmente um verdadeiro temor de que a fixação estanque de tal definição venha a excluir de sua área de abrangência os mais variados defensores de regimes auto-proclamados democráticos. Ou seja, “a democracia ainda tem inimigos; mas, agora, a melhor forma de evitá-los é fazê-lo

nio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica: Condições e Possibilidades para Obtenção de Respostas Constitucionalmente Adequadas (Hermenêuticamente Corretas)*. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da & CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199).

87 Sobre isso, entende enfaticamente Dahl que tais declarações não devem ser aceitas: “*Ficções como essa também foram inventadas por líderes e propagandistas de ‘democracias do povo’ altamente autoritárias criadas na Europa Central e do Leste, em países que caíram sob o domínio soviético durante e depois da Segunda Guerra Mundial. No entanto, porque deveríamos aceitar covardemente as declarações dos déspotas de que são democratas? Uma serpente venenosa não se torna uma pomba porque seu dono diz que é. Não importa o que afirmem líderes e propagandistas, um país será uma democracia apenas se possuir todas as instituições necessárias políticas necessárias à democracia*”. Mas isso não quer dizer, na obra de Dahl que apenas essas instituições políticas sejam suficientes ou necessárias à democracia, havendo elementos variantes ditados, em geral, pelas especificidades de cada país e também pelos critérios necessários à satisfação e adequação dos próprios requisitos políticos “poliárquicos”. (DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*, p. 216/217)

em seu nome e com seu próprio nome”.⁸⁸

Essa circunstância é bem destacada, aliás, por Hofmann⁸⁹, ao proceder a uma análise específica dos desafios à consolidação do papel do mercado comum latino-americano na promoção da democracia em seus Estados-membros.

Diz-se que o desafio definitivo do fenômeno democrático vale tanto para o Mercosul quanto para qualquer instituição internacional ou regional e para o próprio Estado, vez que se trata de tema de amplitude e complexidade ímpares. A banalização do conceito, aliás, é exemplificada em tal contexto a partir da postura assumida pelo presidente venezuelano Hugo Chávez, o qual refere em seu discurso uma assim chamada “democracia protagônica revolucionária” de vias socialistas, mas sem qualquer clareza acerca de seus reais contornos.

A advertência seguida no texto é clara quanto ao indicativo de que essa indefinição terminológica, entretanto, não é capaz de justificar a “expansão do termo indefinidamente”, embora deixe claro que uma das grandes dificuldades de consolidação havida em torno da expressão relaciona-se com o debate acerca da universalidade dos direitos humanos e as especificidades culturais que condicionam tais direitos. A toda prova, vale referir que essa não é uma questão isolada, vez que “a consolidação profunda da democracia requer o desenvolvimento de uma verdadeira cultura democrática, ou seja, um complexo processo sociocultural que necessita do envolvimento da sociedade doméstica e que pode

88 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*. (Trad. Dinah de Abreu Azevedo). São Paulo: Ática, 1994, p. 18/19.

89 HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Promovendo a Democracia no Mercosul: Desafios Teóricos, Institucionais e Políticos*, p. 163.

levar gerações”.⁹⁰

Destarte, a perda progressiva da corrente teórica dominante acerca da democracia é atribuída a dois fatores em particular: primeiramente, à abrangência conceitual do termo, supra identificada com a pretensão de todos no sentido de serem democratas; e, em segundo lugar, ao um conjunto de teorias centralizadas na ideia de que as palavras são meramente convencionais, apresentando-se as definições como eventos absolutamente arbitrários. A tais conjuntos teóricos acresceu-se o assim nominado “*Werfreiheit*” ou “fuga do valor” ou busca de neutralidade com relação aos valores. No caso, “o medo do valor, ou timidez valorativa, levou – em conjunto com outros fatores – a ciência política a ser relegada à insignificância”. Nisto, a teoria da democracia teria passado a oscilar entre o descritivismo demasiado e a valoração excessiva, ignorando as relações entre descrição e valor.⁹¹

De fato, o duelo entre a semântica naturalista e a convencionalista, especialmente após a queda da percepção de imanenência conceitual naturalista teve e tem nefastas consequências para a democracia. A superação dos paradigmas mitológicos e/ou transcendentais que o cientificismo positivista sedimentou foram confundidos com um vazio de sentido que atingiu não ape-

90 HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Promovendo a Democracia no Mercosul: Desafios Teóricos, Institucionais e Políticos*, p. 165/166.

91 O conceito é difuso, multifacetado, apresentando-se como o resultado político final – até os dias atuais – da civilização ocidental e não contando com um autor específico que possa ser considerado central ou mais importante em sua tratativa, diversamente do sucede com o comunismo e o socialismo em relação a Marx: “*A teoria da democracia consiste, ao invés, de uma corrente principal de discurso que remonta até Platão e Aristóteles. No entanto, essa corrente proporcionou de fato uma identidade básica à ‘democracia’ até o fim da Segunda Guerra Mundial. Até então, as pessoas tinham poucas dívidas quanto ao fato de os regimes fascista e comunista não serem democracias (não afirmavam sê-lo, na verdade) e quanto ao fato de as democracias se situarem no Ocidente ou serem inspiradas por ele*”. (SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 18/20).

nas os direitos humanos, mas também a democracia. A neutralidade valorativa veio nessa esteira de raciocínio para sedimentar práticas assépticas também no reino democrático, o que de forma contraditória igualmente facilitou a expansão dos governos democráticos, estabelecendo uma das mais complexas aporias que o tema comporta.

O medo ou a timidez valorativa não são um dado novo para o direito após a ascensão do positivismo, de base cientificista. Nesse contexto, a aparente assepsia emprestada ao conceito democrático apresenta um duplo risco, que se instala no seio da relação entre a democracia e os direitos humanos. E muitos são, destarte, os fatores de dificuldade na compreensão do conceito em questão, mas de forma geral, como Bertrand de Jouvenel antecipara em 1945, o maior problema que o tema enfrenta é a transformação da democracia em uma “declaração de amor” ou em uma “palavra que serve para qualquer coisa”, como lembrado por Sartori, literalmente:

E se muitas circunstâncias e tendências intelectuais contribuem para enfraquecer a corrente principal do discurso sobre democracia, o elemento central de seu enfraquecimento é, segundo meu diagnóstico, a degradação do vocabulário da política. Até os anos 40, as pessoas sabiam o que era democracia e gostavam dela ou a rejeitavam; depois disso, todos nós dizemos gostar da democracia, mas não sabemos mais (não entendemos mais, não há mais concordância sobre) o que ela é. Vivemos, portanto, caracteristicamente, numa era de democracia confusa. Que “democracia” tenha diversos significados é algo que podemos conviver. Mas se a “democracia” pode significar qualquer coisa, aí já é demais.⁹²

Não é possível conviver com a democracia executando-a

92 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 21/22.

e aplicando-a em acepção desprovida de sentido ou mesmo a partir de um sentido capaz de legitimar, por abrangência, qualquer emprego efetivado por aqueles dispostos a aderir à terminologia democrática, aqueles dispostos a se autoproclamarem democratas. Desprovida de significado específico ou prenhe de quaisquer sentidos a democracia convola-se em um nada absolutamente cego e surdo aos fins e valores que justificaram seu surgimento, que possibilitaram sua sedimentação e que proclamam sua continuidade.

A desconstrução própria da assim chamada “crise pós-moderna” não pode conduzir a esse vazio, sob pena de soerguer-se em meio a isto um nada desarticulante e prenhe de insuficiências político-institucionais. A realidade avassaladora dessa desconstrução, entretanto, em que pese o seu insuportável vazio, se posta perante a sociedade contemporânea de tal forma renitente que se faz impossível ignorá-la. Faz-se dificultoso explicar e justificar as razões pelas quais todo o farto e rico construto teórico que dá albergue à teoria democrática não encontra correspondência eficaz no mundo real.

É impossível fugir à prática de definir a democracia segundo o seu sentido literal ou gramatical genético, vendo-se ela como um governo ou poder do povo. A fim de escapar das dificuldades de um conceito indeterminado, a tendência a se empregar a definição literal é comum. No entanto, não se pode ignorar que a democracia representa “um algo” que não se prende ao mero significado da respectiva palavra (democracia) e que, portanto, não é adequadamente representado pela palavra. No caso, é perfeitamente possível e até necessário distinguir o que a democra-

cia é do que ela deve ser, embora seja ela – a democracia – um constructo que reúne ou condensa teoria e prática. E nisto não se pode atribuir maior valor à descrição do que à prescrição, sob pena de ignorar-se que também os valores e ideais democráticos dão conformação e existência da democracia considerada em si mesma.⁹³

Que estamos bem longe de concretizar um governo que realmente seja efetivado pelo povo é fato, mas não se pode ignorar que o mundo deontológico – junto seus valores e ideais - também integra o fenômeno democrático. As metas valorativas deste fenômeno o sustentam, entretanto, de uma forma que, embora não gere um conceito imutável, permite distingui-lo dos demais sistemas.

Assim, embora outros sistemas políticos também tenham suporte em metas axiológicas, os valores da sociedade feudal gestam “fixidez, não dinâmica” e o fim específico dos Estados comunistas realiza-se a partir de um só grupo específico e vanguardista. Já a democracia orienta-se a um fim, mas sem vanguarda, e têm seus fins alcançados por processos democráticos específicos, estando “exposta de maneira muito singular a uma tensão fato-valor, em torno da qual gira”.

93 “Como remediar isto? À primeira vista, a solução parece simples. Se a observação revela que o termo de democracia é denotativamente enganoso, e até que democracia é um nome pretensioso de algo que não existe, por que não procurar rótulos mais adequados? No mundo real, observa Dahl, as democracias são ‘poliarquias’. Se for verdade, porque não chamá-las por este nome (reservando ‘democracia’ para o sistema ideal)? Mas a solução não é tão simples. Um rótulo pode ser enganoso em termos descritivos e, mesmo assim, necessário aos propósitos prescritivos. E a prescrição não tem menos importância que a descrição. Um sistema democrático estabelece-se em decorrência de pressões deontológicas. O que a democracia é não pode ser separado do que a democracia deve ser. Uma democracia só existe à medida que seus ideais e valores dão-lhe existência. (SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 23).

Ou seja, só a democracia teria sua gênese em seus ideais ou metas, sendo este o motivo pelo qual a palavra democracia se faz necessária, especialmente porque tal termo “apesar de sua imprecisão descritiva, ajuda-nos a manter sempre diante de nós o ideal – o que a democracia deve ser.”⁹⁴

Em termos bem claros, muito pouco ou quase nada adianta nominar o fenômeno em questão – democrático – de forma diversa, empregando-se termo que eventualmente ou por convenção venha a ser considerado mais adequado à ideia consolidada em torno do que seria uma democracia. Ignorar a função normativa ou persuasiva do termo, a qual o habilita a convolar-se em fator histórico determinante de mudanças diversas e esperadas, equivale a inabilitar sua composição de dúplice localidade, numa permanente tensão entre ser e dever ser.

Em todo caso, impulsionada pelo que deve ser, a democracia permite-se ir para além do que ela é, estando em constante processo dialético de aprimoramento – onde não se ignora os possíveis retrocessos que eventualmente enfrenta em sua concretização ou teorização; em assim sendo, centra ela seus esforços permanentes no elemento central de sua definição, qual seja a re-

94 Cf. Sartori, Literalmente: “O termo democracia não tem, portanto, apenas uma função descritiva ou denotativa, mas também uma função normativa e persuasiva. Que uma linha divisória nítida entre descrição e prescrição seja muitas vezes difícil de traçar não diminui a importância analítica da distinção. Que dia e noite gradualmente se fundam um no outro não significa que sua diferença seja apenas de grau ou (pior ainda) que luz e trevas sejam inseparáveis. Em consequência, o problema de definir democracia é duplo, exigindo, por assim dizer, tanto uma definição descritiva quanto prescritiva. Uma não existe sem a outra e, ao mesmo tempo, uma não pode ser substituída pela outra. Para evitar começar com o pé esquerdo, devemos lembrar-nos, então, de que (a) o ideal democrático não define a realidade democrática e, vice-versa, que uma verdadeira democracia não é, e não pode ser, o mesmo que uma democracia ideal; e que (b) a democracia resulta de interações entre seus ideais e sua realidade e é modelada por elas: pelo impulso de um deve ser e pela resistência de um é” (A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo, p.23/24).

alização de um governo efetivado pelo próprio povo.

De quais mecanismos esse governo necessita para acontecer é matéria discutida em todo o decorrer do presente trabalho, privilegiando-se sempre e conforme especificado doravante, a acepção da democracia que vislumbra na legitimação humanista e na concreção dos direitos humanos a realização dessa importante cláusula inerente ao governo popular.

2.1.2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a assim nominada "Cláusula da Sociedade Democrática".

Fenômeno multifacetado, a democracia é compreendida ora como uma forma de governo, ora como um direito de quarta dimensão. Pode também ser vista sob a ótica de uma cláusula normativo-social ou como critério interpretativo internacional, sendo várias as perspectivas a partir das quais se pode encará-la se posta sob as lentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual centraliza o presente trabalho.

Para fins do presente item, a ênfase é posta na democracia enquanto cláusula social internacional e enquanto direito humano documentalmente reconhecido.

No âmbito dos direitos humanos, a democracia é tratada como uma exigência imposta a cada governo e/ou país, sendo marcante a presença a composição de inúmeros documentos internacionais que conferem ao fenômeno democrático condições múltiplas – forma ou sistema de governo, direito-dever, cláusula social, critério interpretativo. Mas não apenas isto: ofertam-lhe

igualmente um conteúdo essencial, marcado pela especial busca de meios adequados e ampliados de realização do governo popular, elencando meios próprios para concreção democrática e lançando as bases ideais e valorativas que dão suporte ao referido fenômeno.

Tais documentos dão concretude de direito internacional e feição de cláusula social normativa a uma imposição consolidada no âmbito global, institucionalizando-a e facilitando o seu diálogo com outras categorias essenciais do Estado Democrático de Direito – repita-se, à ênfase, o Estado, o constitucionalismo e os direitos humanos.

É bem nítida em tais documentos a sedimentação da modalidade democrática representativa, a qual, em que pesem as críticas de que é alvo, ainda se convola na forma democrática elementar a ser praticada enquanto condição mínima para a existência de governos democráticos. Em tal contexto, é cediço que a representação, conforme explorado doravante, tem sido hoje aliada à forma democrática participativa, sendo que muitos atribuem à participação o surgimento de uma nova modalidade democrática, esta sim mais próxima do conceito de governo popular.

Para o momento, que verte à fixação de categorias-base do estudo envidado, basta que se ressalte não ser ignorada e tampouco preterida a participação democrática. Quer se vislumbre nela uma nova modalidade de democracia, quer se opte por percebê-la como resgate da noção essencial que alimenta o governo democrático, a posição ideal que busca o governo do povo pelo povo conduz a aporias potencialmente administráveis, mas não

passíveis de extinção na complexa e plural contemporaneidade.

O Sistema Interamericano de direitos humanos estabelece alguns caminhos para a construção dessa democracia, todos obviamente passíveis de críticas e aprimoramentos, o que não lhes subtrai a importância jurídica, política e social no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Mais que isto, ao sedimentar a noção de que as democracias são o regime necessário à consolidação dos direitos humanos, estes são inscritos de forma definitiva no conteúdo da cláusula democrática.

Direitos humanos e democracia alimentam-se mutuamente da legitimidade material e formal de ambos, seja porque dispostos normativamente, seja porque autorizados nacional e internacionalmente em seu conteúdo humanista.

A democracia é assegurada pelo respeito e pela concreção dos direitos humanos, os quais, por sua vez, lhe conferem um conteúdo próprio e uma ética cuja legitimação formal e material se encontra sedimentada nos mais variados documentos nacionais e internacionais, conduzindo-se o diálogo posto para além das esferas nacionais. A democracia possui estreita e circular relação de legitimidade com os direitos humanos.

O conteúdo humanista auxilia a democracia na administração de sua aporia conceitual fundamental, libertando-a de uma posição neutral insustentável.

O venezuelano Jesús M. Casal H., ao tratar das restrições impostas aos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de proteção a tais direitos, reporta a assim nominada

“cláusula de la sociedad democrática” ou, em livre tradução, “cláusula da sociedade democrática”, particularmente estabelecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas de 1948. Aí a cláusula da sociedade democrática funcionaria como um limite ou uma barreira necessária às restrições de direitos humanos, numa relação simbiótica.⁹⁵

Vários são os documentos internacionais que apregoam a estreita relação existente entre a democracia e os direitos humanos, de sorte tal a fixar-se que sem a consolidação e realização de tais direitos não existe democracia. É cediço que nem todos esses documentos possuem efeito vinculante, o que se perfaz em um dos maiores desafios no âmbito discursivo do direito internacional.

Elencar tais documentos não pode ser, aliás, senão uma tarefa exemplificativa, rememorando-se primeiro o teor da Carta da OEA – Organização dos Estados Americanos, aprovada pela Nona Conferência Internacional Americana, segundo o qual:

(...) o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.

Do mesmo modo, a ata final da sessão extraordinária de 1959, exarada Comitê Jurídico Americano, destacou que “el médio de asegurar em América sistemas democráticos de gobier-

95 CARPIZO, Jorge. *El Contenido Material de la Democracia: Tendencias Actuales del Constitucionalismo Latinoamericano*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 09.

nos seria el de reconocer y proteger los derechos de la persona humana”⁹⁶. E, não deixando por menos, ao fixar as normas de interpretação a serem observadas pelos Estados que lhe são signatários, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 proibiu interpretações capazes de excluir direitos inerentes à democracia representativa.⁹⁷

Para Asdrúbal Aguiar, isso bem representa a assunção da democracia como algo para além de uma simples forma de governo, representando um elemento indissociável do reconhecimento e do exercício dos direitos humanos. E, destarte, a partir do final dos anos 80 do Século XXI, a república democrática passou a ser compreendida como um “dever inexcusável”, consagrando-se a “defesa militante” da democracia representativa. Os marcos essenciais dessa mudança de paradigma são Compromisso de Santiago e a Resolução 1080, ambos datados de 1991 e oriundos da OEA – Organização dos Estados Americanos.⁹⁸

Alguns aspectos contextuais são ainda apresentados

96 Cf. AGUIAR, Asdrúbal. *La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, p. 60.

97 Quanto a isto, a Convenção Americana de Direitos Humanos tem o seguinte texto, literalmente:

“Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

98 Cf. AGUIAR, Asdrúbal. *La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados*, p. 59.

como postos em análise pelos Conselheiros latino-americanos no Compromisso de Santiago de 1991, os quais teriam conduzido tais autoridades a considerar ainda não consolidadas as mudanças necessárias a um sistema internacional “mais aberto e democrático”. Dois deles merecem destaque para os fins do presente trabalho: as mudanças estruturais e ideológicas provocadas no cenário e nas relações internacionais com o fim da guerra fria; a finalidade dinâmica que a liberdade, os direitos humanos, o Estado de Direito e os demais valores democráticos possuem na nova “ordem mundial emergente”. As circunstâncias em foco contextualizam as iniciativas americanas voltadas à institucionalização dos elementos de reflexão, aprimoramento e defesa da democracia, destacando-se aí a criação das Cúpulas das Américas.⁹⁹

O entrelaçamento dos direitos humanos com o Estado de Direito e a democracia são marcantes na atribuição de um sentido específico para categorias nitidamente alvejadas pela neutralidade e o dogmatismo positivistas.

Nisto, a concessão de um conteúdo especificado em normas próprias, as quais, a despeito de se encontrarem em processo de construção sistemática, estão localizadas em documentos internacionais de conhecimento obrigatório e de adesão crescente, são elementos essenciais de uma nova realidade, mais compatível com o atual estágio de globalidade.

Mais importante, aliás, que conferir um conteúdo específico a tais categorias, a consolidação e a expansão dos direitos humanos lhes ofertam um conteúdo qualificado pela diversida-

99 AGUIAR, Asdrúbal. *La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados*, p.62.

de, pelo pluralismo e pelo respeito às minorais. Isso faz com que o prumo formal-pragmático assumido nesse contexto siga uma ótica que traspassa o procedimentalismo democrático, sem excluí-lo.

O pragmatismo formal e valorativo é uma reunião de elementos que centraliza a ética própria dos direitos humanos e conduz o Estado, o constitucionalismo e a democracia a uma substância adequada, notadamente não-mínima e claramente compatível com a complexa e a difusa sociedade contemporânea.

Vale que isso seja transportado de forma eficiente num diálogo duradouro entre as estruturas nacionais e internacionais que servem a esses direitos, assim como às demais categorias que lhes rendem irmandade.

Veja-se que a Primeira Cúpula das Américas (Miami, 1994), além de apresentar a democracia como único sistema que garante o respeito aos direitos humanos e o Estado de Direito, preservando ainda a diversidade cultural, o pluralismo, o respeito das minorias e a paz entre as nações, destaca que entre os elementos fundamentais da democracia estão a presença de eleições livres e transparentes, assim como o governo participativo de todos os cidadãos. Isto é posto sem desconsiderar, por exemplo, as reformas necessárias a uma modernização que capacite os Estados a uma governabilidade transparente e responsável, assim como a importância da independência do poder judiciário para a consolidação democrática e a satisfação das necessidades da população, dentre outros aspectos. Trata-se aí da configuração de uma assim chamada “democracia de serviço”, o que con-

duziria a democracia à condição de um direito dos cidadãos, para além de uma “mera forma de organizar o poder constituído”.¹⁰⁰

Nota-se claramente que os documentos internacionais que apregoam a democracia, seja enquanto cláusula social seja enquanto direito ou instrumento governamental, não se aliam a uma exclusiva forma histórico-democrática, onde predomina a democracia representativa.

Também a participação popular apresenta ênfase particular, seguida da defesa de minorias e da diversidade, estas muitas vezes empregadas como exceções à regra da maioria que geralmente define as decisões no âmbito democrático representativo. A questão merecerá maior ênfase doravante.

Fala-se também em democracia de serviço, que, a nosso sentir, corresponde a uma síntese das democracias representativa e participativa, desta feita qualificadas pela centralidade humanista. Permissa venia, compreendemos que tanto a representação quanto a participação, assim como a centralidade de serviço que permite ver a democracia enquanto direito, enfim, a soma de tais fatores dá conformação ao conteúdo próprio da democracia. Já a adjetivação excessiva – por vezes – serve apenas para sugerir que esses elementos seriam externos ao fenómeno democrático, quando, em justiça, não o são.

Dizer, no entanto, que a democracia está a serviço dos direitos humanos, embora pareça tautológico, ajuda a mostrar que tal fenómeno não se limita aos espaços nacionais, podendo, em diálogo com os direitos humanos, auxiliar inclusive os Estados-nação

100 AGUIAR, Asdrúbal. *La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados*, p. 62.

e seu constitucionalismo na superação das apontadas crises aliadas às suas fronteiras. Mas esta é também uma questão para doravante.

De toda sorte, uma democracia a serviço dos direitos humanos, pois ela também – a democracia – é compreendida como um direito, é “soporte indispensable para la cultura de los derechos humanos”. Considerada obrigatoriamente relacionada à “exigência del respeto y la garantía universal e internacional de los derechos humanos”, a democracia “se presenta com inédita fuerza y expresión renovada de la contemporaneidad global”, embora seja também uma vítima de suas próprias e contextuais contradições, já que esta mesma força global que a impele à universalidade lhe subtrai a força dos Estados Nacionais que lhe dão suporte.¹⁰¹

Conforme Asdrúbal Aguiar, o modelo democrático de exercício efetivo da democracia que reúne legitimidade formal e legitimidade de desempenho só veio a ser sistematizado em documentos internacionais interamericanos depois de 1959, sendo disto exemplo a Carta Democrática Interamericana, com ênfase nuclear de elementos como a correção ética e valorativa e o desenvolvimento da justiça social, embora estes já se fizessem presentes no Sistema Interamericano desde 1945. Para o mesmo autor, entretanto, é em 1969 que a democracia se consolida como uma “obligación jurídica plena y de derecho internacional” no âmbito do Continente Americano, contando-se a partir daí com a proteção institucional dos órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰²

101 Cf. AGUIAR, Asdrúbal. *La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados*, p. 72/73.

102 “No es panfletario afirmar que la democracia, en su crisis corriente dentro de la misma democracia, vuelve a sus Orígenes. Deja de ser forma de organización o modelo de gobierno para reivindicar su carácter de derecho humano: el derecho a la democracia; pero cuyas garantías adquieren formas variables según el tiempo histórico de que se trate y de sus exigencias variables. Lo esencial, lo que nunca puede cambiar dentro de ésta es su

Nisto a democracia evolui de um plano meramente formal, onde é compreendida como mero sistema político de governo, para um plano contemporaneamente material, compreendida como um direito a ser protegido e efetivado.

Pluralismo, diversidade, defesa das minorias, correção ética, desenvolvimento da justiça social, todos estes são elementos centralizadores da dignidade humanística transportados a título global para a percepção da democracia na compreensão desta enquanto cláusula social internacional e enquanto direito da humanidade.

A essa altura – é de se convir – o conceito democrático já não se apresenta assim tão vazio e/ou neutral como se apresenta quando vislumbrado na solidão de sua expressão única (democracia).

2.1.3. A democracia e a questão da atribuição nominal do poder: o povo enquanto instância de atribuição global de legitimidade

A dicotomia mais referida em termos de regime democrático relaciona-se às formas direta e representativa de exercício democrático, correspondendo a primeira ao exercício direto pelo povo das escolhas políticas da polis, do que se tem como modelo a democracia grega, da antiguidade, ao passo que a segunda relaciona-se à eleição pelo povo de representantes aos quais compete

identidade com el espíritu de tolerância, el reclamo de la perfectibilidad humana, u su basamento ético: la dignidade de la persona, que impone, a fines legítimos, medios legítimos y vice-versa". (AGUIAR, Asdrúbal. La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados, p.72/73).

a execução dessas mesmas escolhas políticas.

Conforme Bobbio, embora o exercício direto de escolhas pelo próprio povo ainda represente um “ideal-limite” em relação ao assunto, a democracia moderna identifica-se de tal maneira com a representatividade que uma ideia chega a pressupor a outra. Nada obstante, é interessante perceber-se que para o referido autor uma das problemáticas centrais oriundas dessa temática consiste na possibilidade de uma aproximação entre a democracia antiga (direta) e a democracia do futuro. Considera-se aí “que a cada vez mais rápida difusão de computadores passou a permitir que um grande número de pessoas vote à distância”.¹⁰³ A ideia do doutrinador, posta nesses termos, parece aludir à aproximação fundada na evolução técnico-científica, a qual se relaciona em aspecto macro com a globalização, que aproxima não apenas os nacionais, mas os cidadãos do mundo.

Aliás, em posição coadunante com tal ideia, entende Bonavides que a era do voto no computador vem abrir espaços para se quebrar a meta utópica da identidade entre governantes e governados, eliminando-se um dos vários bloqueios existentes no tocante à realização da democracia. Na visão desse renomado constitucionalista, o que os juristas clássicos e os modernos têm em comum quanto às ideias de bloqueio democrático corresponde à noção de bloqueio total, com fundamento em dois argumentos: a extensão do Estado Moderno e a multiplicidade de tarefas atribuídas ao Estado, que seria responsável por sua sobrecarga e conseqüente crise. Ou seja, ambos concordaram quanto à impossibilidade de realização da democracia direta. Quanto a isto,

103 *O Filósofo e a Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 236.

para Bonavides, se Kelsen tivesse vivido na atualidade, diante dos incontáveis progressos tecnológicos da informática, teria ele repensado sua posição. Assim, é dito que “a utilização das máquinas eletrônicas de sufrágio invalida, tecnicamente, o argumento daquele jurista e de outros que pensavam igual a ele” quanto à impossibilidade da democracia direta.¹⁰⁴

Ao que se nos parece, entretanto, a questão não é assim tão simples, por não se resumir ao encontro de mecanismos tecnológicos através dos quais o povo possa manifestar sua opinião, como a se indicar que o voto seja possível em quaisquer circunstâncias de caráter deliberativo no âmbito do Estado. É que a realização da democracia não se perfaz a partir de aspectos exclusivamente instrumentais. Aliás, o próprio Bonavides labora nisto em aparente contradição, haja vista ser conhecida sua doutrina por apresentar uma visão sistêmica e material do fenômeno democrático, de importância valorativa ímpar, especialmente combativa dos neutralismos positivistas.

A própria análise que o autor faz dos bloqueios à democracia pátria denota essa abordagem substancial-valorativa. Ao tratar dos bloqueios de natureza judicial, propõe o autor um resgate de uma hermenêutica de princípios, da legitimidade e da constitucionalidade material, com base na dignidade humana e na inviolabilidade da soberania (certamente, popular). E continua indicando a criação de um tribunal constitucional propriamente dito, específico, enquanto “um espaço efetivo de controle de constitucionalidade das ações

104 BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60 e ss.

governativas que transgridem o princípio da soberania”.¹⁰⁵

É bem verdade que seu elenco de bloqueios à democracia é coerente com a proposta de uma democracia direta na medida em que apregoa o autor a inservibilidade do sistema representativo, considerados já derrotados os argumentos de perfeição e legitimidade da representação. No entanto, a tecnologia da computação ainda não logrou êxito em possibilitar o surgimento de um esperado e legitimante consenso popular. É de se ver que a simples possibilidade de expressão conjunta e eletrônica acerca de temáticas específicas não implica diretamente na criação de uma racionalidade que torne capaz o condensamento dessas mesmas expressões de forma a convolá-las, automaticamente, em uma vontade popular una, consensual e concretizadora da democracia ideal.

Em outras palavras, não basta encontrar uma forma de registrar vontades individuais, somando-as, a fim de categorizá-las. Até o momento não se tem como certo que a assim chamada “vontade popular” seja soberana ou absoluta e tampouco se pode dizer que tal vontade se resume à soma de vontades particularizadas. Se essa soma já não se perfazia viável em espaços uniformizados pela razão naturalista, que permeava as sociedades pré-modernas, muito menos isso se mostra razoável no âmbito da complexidade e da diversidade da sociedade contemporânea.

Há um grande paradoxo que acompanha a questão e que se centra na diferenciação básica entre os titulares do poder e seus exercentes de fato ou concretos. E há quem defenda, não sem certa razão, que a titularidade do poder, atribuída atualmente

105 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 64.

ao povo por subtração à anterior titularização divina, embora albergue concepção claramente democrática, não soluciona a problemática da soberania popular. Mora aí a dificultosa busca pelo estabelecimento de uma relação específica entre o poder nominal e o exercício desse mesmo poder.¹⁰⁶

De toda sorte e certamente, a solução da questão não passa apenas pelos mecanismos técnicos de expressão das vontades individuais. E nisto o tema se faz circular, merecendo lembrar os conflitos definitórios da democracia.

A imprecisão do termo democracia leva autores como Friedrich Müller a pôr em dúvida a ideia de que a conotação histórico-etimológica de tal termo – referente às expressões “povo” e “governo” – possa realmente conduzir a algo como o tão aclamado “governo do povo”. Na verdade, é de se concordar com a perspectiva apresentada pelo emérito professor alemão ao testificar que a referência ao termo “povo” parece ser bem mais uma questão da legitimidade “necessária às diferentes concepções de democracia”. Nisto, “o sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular”, mas o problema é que “a teoria tradicional da democracia não deixa claro como o exercício do poder estatal pode ser retroreferido ao ‘povo’, concretamente”.¹⁰⁷

Nada obstante já se tenha tratado do tema, é bem difícil falar-se em democracia sem socorro constante à sua acepção etimológica; se diz isto mesmo considerando que é exatamente a

106 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 50/51.

107 MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 111.

leitura literal que, a rigor, maior distância estabelece entre o ser e o dever ser no âmbito democrático, entre os valores democráticos e sua realização eficaz.

Para falar de legitimidade democrática a remissão constante à titularidade do exercício democrático é inevitável, tanto quanto alguma reflexão acerca de quem seria esse povo necessário à concretização democrática.

Mesmo na Grécia, o significado do termo *demos* apresentava sérias ambiguidades, de sorte que, no Século V a. C., era relacionado à comunidade ateniense reunida na assim chamada *ekklesia* ou assembleia popular, podendo no entanto apresentar ainda e no mínimo quatro outros significados possíveis, designando desde o organismo social em sua integralidade, até a maioria (=pleíones), os muitos (=polloí) e o populacho pejorativamente considerado (=óchos).

Registra-se nisto ainda que as ambiguidades aumentam com a tradução do termo *demos* para o latim *populus*, especialmente pelas peculiaridades que o termo invoca no âmbito do constitucionalismo romano e tomando-se em consideração que por cinco séculos o conceito dominante foi o de *populus*, de sorte que o nosso conceito de democracia remete à doutrina da soberania popular romana e não à grega. Ao fim o termo amplia-se ainda com o advento das línguas modernas, tendo-se o italiano *popolo*, o francês *peuple* e o alemão *volk* transmitindo a ideia de uma entidade singular e o inglês *people* remetendo ao plural, o que implica, no primeiro caso, a denotação de um todo orgânico ou vontade geral e, no segundo caso, a denotação de uma policracia ou soma/unidade de

cada indivíduo.¹⁰⁸

Para explicar qual noção de povo melhor se adequa à teoria democrática Sartori¹⁰⁹, por sua vez, estabelece uma relação entre as várias definições possíveis de tal termo e as acepções pré-romântica e romântica do demos grego e do populos latino, o que equivale ao que chamamos simplesmente de POVO. Nas seis possíveis interpretações por ele apresentadas, temos: 1) povo enquanto equivalente a “todo mundo”; 2) povo enquanto “muitos” postos em uma parte indeterminada; 3) povo sinônimo de classe inferior; 4) povo enquanto um “todo orgânico”; 5) povo enquanto “uma parte maior expressa por um princípio de maioria absoluta”; 6) povo significando “uma parte expressa por um princípio de maioria limitada”.

Para o referido autor italiano, “não importa o quanto a questão seja considerada importante e o quanto se insista nela: ninguém ainda conseguiu uma inclusão total, sem exceções”. Nisto, esse significante se manteria exclusivamente por sua “imprecisão denotativa”, imprecisão esta que se estende à percepção de povo enquanto “muitos”. No primeiro caso, a democracia se faria impossível, no segundo, impraticável. Também a exclusão fixa designada pela identificação de povo com a classe inferior seria incompatível com o princípio democrático, pois embora inclusão total seja utópica, toda e qualquer exclusão que integre tal regime necessita de uma justificação específica. Também incompatível com tal princípio se faz a concepção orgânica ou holística de povo, onde o indivíduo nada representa, sendo compreensível

108 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 41/42.

109 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 42/45.

apenas enquanto parte de uma certa corporação familiar, religiosa ou assemelhados. Nisto, “em nome da totalidade, um e todos podem ser esmagados a qualquer momento”, tendo-se nisto uma forma de caráter autocrático-totalitária e, portanto, não democrática.¹¹⁰

Diz-se, então, que o único conceito de povo compatível com a democracia é o de povo compreendido como o governo de uma maioria limitada pelos direitos da minoria, dado que, operacionalmente, a maioria pura e simples implicaria em uma vertente ilimitada do exercício do poder, significando a longo prazo na impossibilidade da necessária alternância democrática. Em termos, não basta que haja um permissivo

110 Para o referido autor, desde o *demos* grego ao povo contemporâneo a integralidade do significado “todo mundo” tem se traduzido em uma ficção, reconhecendo-se que, vista por tal ângulo, a democracia nunca existiu e provavelmente jamais existirá, visto que do mesmo modo – embora que por razões e condicionantes distintos – que os gregos excluíam, por exemplo, as mulheres e os escravos, atualmente nos deparamos com a exclusão dos menores, dos deficientes mentais, dentre outros. O princípio funcional da democracia seria, então, o de um governo da maioria limitado pelos direitos das minorias: “*Ficamos então com o povo traduzido em termos de regras de contagem, isto é, entendido como um princípio de maioria absoluta (5) ou de maioria limitada (6). Maioria absoluta significa, neste contexto, que só a maioria conta: o maior número de qualquer população dada representa todos e tem um direito ilimitado (isto, absoluto) de decidir por todos. Inversamente, o princípio da maioria limitada afirma que nenhum direito de nenhuma maioria pode ser “absoluto” (isto é, ilimitado). O primeiro critério leva, portanto, à democracia definida como um sistema de governo de maioria pura e simples; o segundo critério leva, ao contrário, à democracia definida como um sistema de governo de maioria limitado pelos direitos das minorias. Em ambos os casos, dispomos finalmente de critérios operativos e/ou operacionais. Mas essa é a única característica que as interpretações processuais de “povo” têm em comum, pois em todos os outros aspectos elas discordam entre si. À primeira vista pode parecer que a solução de traduzir “povo” como o direito de uma maioria ao controle absoluto representa uma solução óbvia. Mas não é assim. Estabelecer o direito absoluto da maioria de impor sua vontade sobre a minoria, ou minorias, equivale a estabelecer um controle funcional que funciona, a longo prazo, contra o próprio princípio que celebra. Se o primeiro vencedor de uma disputa democrática adquire um poder ilimitado (absoluto), então o primeiro vencedor pode estabelecer-se como um vencedor permanente. Se isso acontecer, a democracia não tem futuro democrático e deixa de ser uma democracia no nascedouro; pois o futuro democrático de uma democracia depende da convertibilidade das majorias em minorias e, inversamente, das minorias em majorias. Portanto, depois de um exame mais detido, o princípio da maioria limitada parecer ser o princípio democrático funcional da democracia”.* (A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo, p. 43/44).

popular inicial para a instauração do poder: é necessário que esse permissivo se convole em prática constante, viabilizando-se mecanismos de alternância no exercício desse mesmo poder.

A nosso ver, destarte, a questão vai mais além, pois não se trata apenas de garantir a alternância do poder entre maioria(s) e minoria(s), especialmente porque, operacionalmente, Sartori parece conduzir as expressões maioria e minoria apenas no estrito sentido político daqueles que estão ou não com as rédeas do poder público em suas mãos. Não de menos, o critério funcional eleito, expressamente, é de caráter quantitativo.

Maioria e minoria, entretanto, para fins do presente trabalho e sob a ótica substantivo-valorativa dos direitos humanos, nem se confunde com um mero aspecto quantitativo, nem se atrela a noções exclusivamente políticas. Qualitativamente, as minorias equivalem a parcelas da população alijadas da efetivação do princípio da igualdade e não-discriminação, estando ou não estas parcelas em maioria ou minoria quantitativa.

Não de menos, a democratização e a garantia da inclusão das minorias no âmbito do Estado Democrático de Direito não se resume à garantia de participação política e, por conseguinte, não diz apenas da possibilidade de um determinado grupo social ascender às cadeiras cativas do poder político strictu sensu.

Os mecanismos sociais e estatais de inclusão e participatividade social, que efetivam a noção de soberania popular seguem para muito além de um conceito assim restrito. Que o digam nisto as ações afirmativas próprias da teorização contem-

porânea dos direitos humanos.

Vale aí uma percepção da soberania que se situa no âmbito da cidadania, e ainda assim de uma cidadania que não se resume a aspectos políticos, contrária a uma concepção tradicional desta.

Ao ensejo da temática, Friedrich Müller destaca que o único conceito jurídico de povo empregado na Ciência do Direito é o equivalente ao que ele considera como “povo ativo” ou os “titulares dos direitos eleitorais”, o que é bastante à noção de representação usualmente empregada em prol da atividade legislativa do Estado, mas insuficiente para o caso dos poderes Executivo e Judiciário, que apenas executam e controlam a execução das normas que são resultado de uma suposta “coautoria” entre o poder legislativo e o povo representado. O fato é que tal fenômeno geraria uma contradição dentro do próprio fenômeno democrático, já que, no caso do Poder Judiciário, que centraliza o presente trabalho, “funcionários públicos e juízes não são eleitos pelo povo”, de sorte que tornar leis concretas não faz de tais indivíduos representantes populares.¹¹¹

A isto objeta Müller, entretanto, que em tais condições o povo funciona como “instância de uma atribuição global de legitimidade”, onde sua função – do povo – estaria para além da mera noção de “povo ativo”, passando a abranger “todos os que pertencem à nação”, literalmente:

Além disso, as decisões dos órgãos que instituem, concretizam

111 MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 112.

e controlam as normas afetam a todos aqueles aos quais dizem respeito: o “povo” enquanto população eletiva. Uma democracia legitima-se a partir do modo pelo qual trata as pessoas que vivem no seu território – não importa se elas são ou não cidadãs, ou titulares de direitos eleitorais. Isso se aproxima, finalmente, da ideia central de democracia: autocodificação, no direito positivo, ou seja, elaboração das leis por todos os afetados pelo código normativo. O princípio “one man, one vote” (pensado em outra acepção) também pode ser compreendido não com vistas à camada social específica, mas com vistas à qualidade humana de cada pessoa afetada, independentemente da cidadania. Desse povo-destinatário, ao qual se destinam todos os bens e serviços providos pelo Estado Democrático de Direito, fazem parte todas as pessoas, independentemente, também, de idade, estado mental e status em termos de direitos civis.¹¹²

É de se dizer mais e, na verdade, que, a nosso sentir, também a noção de cidadania precisa e geralmente tem sido ampliada para além de suas fronteiras meramente juspolíticas, em acepção não considerada no texto de Müller. De toda sorte, se nos parece louvável a proposta do autor quanto ao reposicionamento da noção de povo dentro do conceito de democracia, o que, destarte, também compreendemos ser um reposicionamento já operado a partir da relação havida entre direitos humanos e democracia, embora se trate de questão obscurecida pelas abordagens que se procede do tema.

Obviamente, muitos tratam da democracia, especialmente em seus limites concretos e operacionais. Outros muitos aliam o conceito de democracia aos direitos humanos e fixam que sem estes o elemento democrático não existe no âmbito do Estado, apercebendo-se ainda dos limites deste mesmo Estado em face dos reclames da atual sociedade global. Outros ainda discutem acerca da legitimidade do Poder Judiciário em seu

112 MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*, p. 112.

exercício proativo quanto à concretização dos direitos fundamentais.

Mas poucos se apercebem que exatamente por força dessa estreita relação e do papel que o Poder Judiciário possui quanto à concretização de direitos, é que atua ele como um elemento catalizador ou recondutor do elemento “povo” ao centro da noção democrática, partindo daí a legitimação particular de sua atuação, legitimação esta que tanto se dá no plano formal quanto no plano material.

Vale conferir novamente as palavras de Müller, particularmente quando ele reposiciona a noção de legitimação pelo povo ou pela soberania popular a partir de um repensar da noção de representação:

De acordo com a nova proposta aqui apresentada, “kraiten”, em “democracia”, não significa apenas ser sujeito do exercício legítimo do poder; mas, antes de mais nada, ser levado a sério e ser tratado como fator legitimador da atuação do Estado. Em outras palavras: trata-se, em primeiro lugar, de retrabalhar não só o “conceito” científico de povo; mas, nesse novo fundamento, de levar a sério o povo enquanto realidade efetiva. Por isso, o conceito “kraiten” não mais deveria ser formulado apenas em termos de direito de dominação, e o conceito “democracia” não mais deveria ser tratado apenas segundo as técnicas da representação.¹¹³

Mas Müller emprega a noção de “povo-destinatário” ou de povo considerado como instância legitimatória geral do poder, para além da mera noção de representatividade, de forma instrumental, com o fito de explicitar que a democracia é um direito positivo de todas as pessoas e, enquanto tal, impõe a

¹¹³ MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*, p. 112/113.

consideração da exclusão social sob pena de se empregar a ideia de “povo” como mero ícone, mas jamais com possibilidades de participação no “discurso democrático”.¹¹⁴

De fato, a questão crucial da democracia reside em como manter e consolidar o vínculo entre a atribuição nominal do poder e o exercício real deste mesmo poder. E, na compreensão do presente trabalho, quando o Poder Judiciário garante direitos reconhecidos devolve ao povo o seu poder, reconhece-o e, em assim sendo, liberta-o de condições de desigualdade e exclusão incompatíveis com o princípio democrático.

Assim, na dificultosa questão acerca da relação entre atribuição nominal e exercício concreto do poder, vale ressaltar que não se ignora a importância dos mecanismos de realização direta da soberania popular. No entanto, por sua especificidade, trata-se aqui de reconhecer a parcela de exercício popular-soberano que reside na concretização jurisdicional dos direitos humanos. Funcionando o povo, também e em tal contexto, como elemento presente na condição de instância de legitimação do poder responsável por tal concreção.

114 “A democracia avançada não é, portanto, apenas status activus democrático; não é mais um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos de normas são postos em vigor (como as leis são promulgadas). Ela é, agora, um nível de exigências aquém do qual não se pode ficar, se se quiser falar de formas de democracia: são exigências pertinentes ao modo pelo qual as pessoas em um território são tratadas corretamente – não como súditos, nem como seres subumanos, mas individualmente, como membros do povo soberano, do povo-destinatário que pode legitimar a totalidade do poder organizado do Estado – juntamente com o povo ativo e o povo como instância de atribuição”. (MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*, p.112/113).

2.2 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE: A REGRA CONTRAMAJORITÁRIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

2.2.1 Democracia e sociedade civil: participação e soberania popular na vertente humanista.

A fim de bem equacionar a questão democrática no âmbito do Estado democrático de direito, não basta que se trate de categorias como o Estado, o constitucionalismo e os direitos humanos. A democracia, enquanto governo que se pretende procedido pelo povo, tem nesse titular ativo um importante componente ideal e real, o qual, como bem visto supra, não pode deixar de ser considerado na atualidade, principalmente quando a forma democrática em voga pauta-se no participativismo.

Assim, cabe falar-se também em sociedade civil, entendida esta, para fins do presente trabalho, como âmbito social onde reside o povo enquanto instância legitimatória. Sem a sociedade civil, destarte, sequer os direitos humanos, enquanto elementos fundantes da democracia – nacional e internacional – podem ser postos na condição de elementos de legitimação democrática. Seu papel – da sociedade civil – é essencial na composição das democracias contemporâneas e impende que se destaque isto, especialmente quando óbvia a crise pela qual passa o Estado Social.

Desde muito a apatia política e o individualismo excessivo se apresentaram como inimigos ferrenhos da democracia. Assim, o tratamento da democracia sob a vizinhança do povo e da sociedade civil que o alberga é essencial, seja qual for o designativo

que se empreste a tal sociedade, que se faz hoje comumente chamada de espaço público pluralista; e seja qual for a localização que lhe seja emprestada, se dentro ou fora da noção de Estado.

Para os objetivos aqui propostos, sociedade civil ou esfera pública pluralista são instrumentos de efetivação da vontade popular ou mecanismos de tradução dessa vontade, com todas as complexas facetas que essa realidade alberga.

De fato, “democracia e sociedade civil estão entre os conceitos mais polissêmicos do pensamento social contemporâneo”¹¹⁵. No caso da sociedade civil, elege-se uma leitura correspondente à percepção do povo enquanto instância legítima, na base teoria de Müller, posta no item supra. Já no que pertence especificamente à democracia, algumas ponderações adicionais são necessárias antes de se indicar uma forma específica como adequada a presente explanação. Neste âmbito as possibilidades e classificações são muitas e de difícil separação, especialmente se posto o fenômeno liberal no âmbito da discussão.

Para Coutinho, em que pese não existir hoje, de fato, qualquer “corrente de opinião significativa que não defenda a democracia e não se afirme democrática”, até o início do Século XX a realidade era diversa: o liberalismo, que deu feição inicial aos direitos humanos, era opositor da democracia, seja por entendê-la como algo do passado – a exemplo de Montesquieu e Constant -, seja por vê-la como sinônimo de “tirania da maioria” – a exemplo de Stuart Mill e Tocqueville.¹¹⁶

115 Cf. Carlos Nelson Coutinho (prefácio). In: DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 11.

116 Cf. Carlos Nelson Coutinho (prefácio). In: DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 11.

Que o liberalismo já foi contrário à democracia e que, atualmente, por muitas vezes se utiliza do próprio fenômeno democrático para enraizar-se no seio social, legitimando seus objetivos político-econômicos, é fato. Entretanto, que as ideias de Constant e Tocqueville fossem contrárias à democracia se nos parece questionável, podendo-se até dizer incorreto.

Destarte, exemplificativamente, Benjamin Constant realmente era um liberal e desenvolveu suas ideias em alternância quanto à defesa da monarquia constitucional e da república, mas centralizou-as na busca pela igualdade e na oposição aos regimes despóticos, especialmente indicando os direitos individuais como limites ao poder estatal. Ele já ressaltava - à época de profundas revoluções na França - ser insuficiente que o poder limite o próprio poder. Por isto, defendia, ainda que sob variantes das circunstâncias históricas, a definição de princípios políticos máximos a limitar e condicionar o exercício desse mesmo poder. Aliás, conforme Célia N. Galvão Quirino, a visão recente acerca de Constant como um “liberal antiestatista” vem sendo convolada no vislumbre de um “liberal democrata que queria estabelecer uma igualdade, no mínimo, jurídico-constitucional”.¹¹⁷

À parte a temporalidade e o liberalismo contido nas ideias de perfeição e vontade humanas enfatizadas por Constant, vê-se que o elemento mais temido por este autor era a tirania. E, em sendo a democracia um conceito plurissignificativo, se nos parece bem mais preciso dizer que há no igualitarismo de tal autor elementos que podem ser qualificados como democráticos e com-

117 Em introdução desenvolvida para a seguinte obra: CONSTANT, Benjamim (Trad. Eduardo Brandão). *Escritos de Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XII/XIV.

patíveis com a visão democrática aqui explanada. Dentre eles, o temor à “tirania da maioria”, o refreio do poder não apenas pelo próprio poder, mas especialmente pelos direitos individuais, mesmo que defendamos que não apenas estes são suficientes e necessários a tanto. Um terceiro refreio importante ao exercício do poder se nos parece ser a atividade política dos cidadãos ou postura participativa destes, validando o temor de Constant e também de Tocqueville quanto aos efeitos nefastos da apatia política e do individualismo excessivo.¹¹⁸

Participação política e combate ao individualismo massificante e contrário aos interesses públicos são ideias que merecem tratativa doravante, na consideração precisa da atividade política exercida pelo Poder Judiciário, especialmente para fins de identificarem-se os limites dessa mesma atividade. A nosso sentir, no centro dessa questão está o reconhecimento da inevitável crise pela qual passa o direito, o vislumbre da sobrecarga deste mesmo

118 Segundo Célia N. Galvão Quirino: *"Enfrentando as soluções do passado e as questões de seu tempo, Benjamin Constant inicia os Princípios de política com uma discussão sobre soberania, Rousseau e a Revolução. Constant toma a direção contrária ao sentido do poder contido na descrição rousseauiana, isto é, a soberania não é, e não pode ser, uma, suprema, indivisível, inalienável. Apesar de manter os seus fundamentos, da legitimidade e da autoridade política, assentados no povo, a soberania precisa de limites. Certamente a legitimidade dos poderes advém da soberania popular e da vontade geral. Não a Vontade Geral de Rousseau, nem a da Revolução, mas a de Benjamin Constant. Para eles ambas podem levar ao despotismo. O liberalismo de Constant prevê, para os limites da soberania, os próprios direitos civis. Em sua limitação do poder, não basta que o poder freie o poder, como propunha Montesquieu. Para ele o poder só terá limites verdadeiros se for freado pelos direitos individuais e pela atividade política dos cidadãos, ou seja, pela participação política. Como Tocqueville, quase trinta anos depois, Constant teme que os homens abandonem as atividades públicas e políticas, para se ocuparem apenas de seus interesses individuais, tornando-se assim muito mais fáceis de serem tiranizados. Tocqueville chama a esse individualismo de pernicioso. Tanto Constant quanto Tocqueville advertem para o desenvolvimento de um processo de enriquecimento individualista, que se daria pela industrialização, podendo assim transformar a sociedade em indivíduos massificados pela indiferença política e pelo único interesse de se enriquecer"*. Em introdução desenvolvida para a seguinte obra: CONSTANT, Benjamin (Trad. Eduardo Brandão). *Escritos de Política*, p. XIV.

direito e do Estado, assim como a ponderação acerca do papel da sociedade civil nas causas e soluções deste complexo problema.

Particularmente, a postura social participativa e o combate a certas formas de individualismo tem relação estreita com a discussão que centraliza a democracia participativa. E, em que pese ser indispensável indicar os lindes do conceito de democracia que permeiam o presente trabalho, é de ordem também especificar que não elegemos nenhuma nomenclatura diferencial ou nenhum componente adjetivador para fins de sugerir uma ideia inovadora ou preferencial acerca da democracia.

Destarte, sendo a participação popular um componente essencial na construção das democracias, sejam elas “contemporâneas”, sejam elas “antigas”, não se trata aí do único elemento central de tal conceito e tampouco a tomada direta de decisões se perfaz na única forma possível de participação. Parecem-nos perigosos os qualificativos que, a par da promoção de certo ideal, por vezes convertem em monolíticas discussões e buscas plurivalentes. Se a democracia pode ser qualificada de representativa, participativa, de serviço, de desempenho, no mais das vezes tais adjetivações cumprem o papel específico de enfatizar uma determinada característica que se diz já inerente ao fenômeno democrático.

Logicamente, não é o caso de dizer que as nomenclaturas não importam, no que se produziria um nominalismo convencionalista incompatível com uma teoria material dos direitos humanos e da democracia.

No entanto, a ênfase inadvertida em um qualificativo democrático em específico pode conduzir à falsa ideia de que instru-

mentos não diretamente subsumíveis a esta ou àquela adjetivação dão origem a práticas necessariamente antidemocráticas. Que o diga a falsa ideia de que se resume a democracia ao governo da maioria implementado pela representação política!

Do mesmo modo, não basta que se defenda a participação popular como elemento central da democracia; é preciso que se especifique os instrumentos de realização desta proposta, sob pena de se passar a afirmar a existência democrática apenas onde haja eleição ou decisão popular direta, o que é impossível na sociedade hipercomplexa e hiperpopulosa da contemporaneidade.

A democracia possui um conteúdo material próprio, para além da regra da maioria, conteúdo este que, a nosso ver, corresponde às aquisições dos direitos humanos, guiados pelo princípio da dignidade humana. Tais direitos, em seu reconhecimento e em sua busca constante de realização, contemplam ainda a própria participação popular, estando o povo fortemente presente na dialética humanista e na formulação das normas humanistas.

Para o momento, cabe explicitar o que de substancialmente democrático se vislumbra nas teorias autoproclamadas democráticas.

Aliás, a propósito da obra de Constant, longe de ser antidemocrática, ataca ela a regra da maioria em sua conotação absoluta, ressaltando que há elementos no mundo da vida e espaços de titularidade do indivíduo que não são negociáveis. Ao mesmo tempo, o pluralismo social também se vê defendido por Constant junto à ideia de que a individualidade de cada cidadão não pode ser suplantada de forma ilimitada pelo pelos detentores do poder soberano. Vale conferir:

Numa sociedade fundada na soberania do povo, é certo que não cabe a nenhum indivíduo, a nenhuma classe, submeter o resto à sua vontade particular; mas é errado que a sociedade inteira possua sobre seus membros uma soberania sem limites. A universalidade dos cidadãos é o soberano, no sentido de que nenhum indivíduo, nenhuma fração, nenhuma associação parcial pode se arrogar a soberania, se ela não lhe for delegada. Mas daí não decorre que a universalidade dos cidadãos ou os que por ela são investidos da soberania possam dispor soberanamente da existência dos indivíduos. Ao contrário há uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente, e que está de direito fora de qualquer competência social. A soberania só existe de maneira limitada e relativa. No ponto em que começa a independência e a existência individuais detêm-se a jurisdição dessa soberania. Se a sociedade passa essa linha, torna-se tão culpada quanto o déspota que só tem por título o gládio exterminador; a sociedade não pode exceder sua competência sem ser usurpadora, e a maioria, sem ser facciosa.

Diz-se que a autorização da maioria, ainda que oriunda do povo enquanto titular da soberania, não é bastante para legitimar todo e qualquer ato de poder. Constant é categórico em afirmar que determinados atos não podem ser legitimados por absolutamente nada. E, em sendo praticado um ato de tal natureza – não sancionável sequer pelo consenso - “pouco importa de que fonte ela se diga emanar, pouco importa que ela se chame indivíduo ou nação; fosse ela a nação inteira, menos o cidadão que ela oprime, mesmo assim não seria legítima”.¹¹⁹ Mesmo a soberania popular possui limites.

119 CONSTANT, Benjamim (Trad. Eduardo Brandão). *Escritos de Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 09. E também Constant promoveu amiúde à crítica de Rousseau, indicando que seu Contrato Social teria auxiliado “todos os gêneros de despotismo”. Diz ele quanto a Rousseau: “*Ele define o contrato firmado entre a sociedade e seus membros: a alienação completa de cada indivíduo com todos os seus direitos e sem reserva à comunidade. Para nos garantir quanto às consequências desse abandono tão absoluto de todas as partes da nossa existência em benefício de um ser abstrato, ele nos diz que o soberano, isto é, o corpo social, não pode causar dano nem ao conjunto de seus membros, nem a cada um deles em particular; que, se cada um se dá por inteiro, a condição é igual para todos e ninguém tem interesse em torna-la onerosa aos outros; que, se cada um se dá a todos, não se dá a ninguém; que cada um adquire sobre todos os associados os mesmos direitos que a eles cede e ganha o equivalente de tudo que perde, com mais força*”

Assim, o ponto de partida – apenas de partida - da discussão sobre a legitimidade do poder democrático nos dá Constant ao especificar que nenhum poder, seja qual for o ente que o exerce, pode ser declarado absoluto e ilimitado, ainda que se baseie ele na afirmação de sua origem popular. A vontade do povo, ainda que estivesse para além da abstração rousseauiana do Contrato Social, também não é ilimitada, assim como não o é a soberania que dela decorre em teoria.¹²⁰

para conservar o que tem. Mas ele esquece que todos esses atributos preservadores, que confere ao ser abstrato a que chama soberano, resultam do fato de que esse ser se compõe de todos os indivíduos, sem exceção. Ora, assim que o soberano tem que fazer uso da força que possui, isto é, assim que é preciso proceder a uma organização prática da autoridade, como o soberano não a pode exercer por si mesmo, ele a delega, e todos esses atributos desaparecem. Como a ação que se faz em nome de todos está, queira-se ou não, à disposição de um só ou de uns poucos, acontece que, dando-se a todos, não é verdade que não se dá a ninguém; ao contrário, dá-se aos que agem em nome de todos. Daí decorre que, dando-se por inteiro, não se entra numa condição igual para todos, pois que alguns tiram um proveito exclusivo do sacrifício do resto. Não é verdade que ninguém tem interesse em tornar essa condição onerosa aos outros, pois existem associados que estão fora da condição comum. Não é verdade que todos os associados adquirem os mesmos direitos que cedem: nem todos ganham o equivalente do que perdem, e o resultado do que sacrificam é, ou pode ser, o estabelecimento de uma força que lhes tira a que têm.” E diz mais quanto ao caráter inalienável declarado por Rousseau no que toca à soberania popular: *“O próprio Rousseau ficou apavorado com essas consequências. Cheio de terror ante o aspecto da imensidão do poder social que ele acabava de criar, não soube em que mãos depositar esse poder monstruoso e não encontrou, contra o perigo inseparável de tal soberania, outro preservativo além de um expediente que tornou seu exercício impossível. Ele declarou que a soberania não podia ser nem alienada, nem delegada, nem representada. Era declarar, com outras palavras, que não podia ser exercida; era aniquilar de fato o princípio que acabava de proclamar”.*

120 *“O povo, diz Rousseau, é soberano numa relação e sujeito noutra; mas, na prática, essas duas relações se confundem. É fácil para a autoridade oprimir o povo, como sujeito, a fim de força-lo a manifestar, como soberano, a vontade que ela lhe prescreve. Nenhuma organização política pode descartar esse perigo. De nada adianta dividir os poderes: se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável. O que nos importa não é que nossos direitos não possam ser violados por certo poder, sem a aprovação de outro, mas que essa violação seja vedada a todos os poderes. Não basta que os agentes da exceção tenham a necessidade de invocar a autorização do legislador; é preciso que o legislador só possa autorizar a ação deles em sua esfera legítima. É pouco o Poder Executivo não ter o direito de agir sem o concurso de uma lei, se não se puserem limites a esse concurso, se não se declarar que há objetos sobre os quais o legislador não tem o direito de fazer uma lei, ou, em outras palavras, que a soberania é limitada e que há vontades que nem o povo nem seus delegados têm o direito de ter”.* (CONSTANT, Benjamim. *Escritos de Política*, p.13/14).

E para Constant essa noção contém o “princípio eterno” de que “nenhuma autoridade na terra é ilimitada”, nem a autoridade do povo, nem a dos representantes do povo e tampouco a autoridade da própria lei, a qual “não sendo mais que a expressão da vontade do povo ou do príncipe, segundo a forma de governo, deve ser circunscrita aos mesmos limites que a autoridade de que ela emana”. E esses limites que existem para legitimar o exercício do poder ou da autoridade – popular ou estatal – remetem exatamente aos direitos dos cidadãos, apontados pelo autor como individuais, num elenco próprio para a época de seus escritos, basicamente centrados no direito à liberdade – individual, religiosa, de opinião etc. A soberania aí surge limitada – e legitimada, ao visto – pelos lindes da justiça e dos direitos dos indivíduos.¹²¹

Aqui, nós dizemos pelos lindes da dignidade humana e, de forma geral, pelos Direitos Humanos, em toda sua amplidão, a qual comporta sim – é bem verdade – também os deveres humanos, estatais e não-estatais. A democracia é um constructo social abrangente, assim como a jurisdição, embora em menor medida, também não pode deixar de ser, a nosso ver e de acordo com a concepção democrática que guia o presente trabalho.

A percepção de que mesmo as vertentes do pensamento humano ordinariamente consideradas contrárias à democracia defendem elementos democráticos evidencia a tendência global

¹²¹ Disse-se assim: “*Como a soberania do povo não é ilimitada e como sua vontade não basta para legitimar tudo o que ele quer, a autoridade da lei, que outra coisa não é senão a expressão verdadeira ou suposta dessa vontade, tampouco é ilimitada. [...] A soberania do povo não é ilimitada; ela é circunscrita em limites que lhe traçam a justiça e os direitos dos indivíduos. A vontade de todo um povo não pode tornar justo o que é injusto. Os representantes de uma nação não têm o direito de fazer o que a própria nação não tem o direito de fazer*”. (CONSTANT, Benjamim. *Escritos de Política*, p. 14/15).

à afirmação democrática e parece indicar para alguns necessários pontos de convergência, ainda que sob o prumo de um conceito tão polivalente.

A despeito da crítica procedida por Constant em relação à doutrina Rousseauiana do Contrato Social, fica claro que o autor considera despótico o vislumbre de sua vontade geral. Mas tamanha é a polivalência conceitual da democracia que a atual leitura que, *exempli gratia*, Maria Lúcia Duriguetto procede do Contrato Social o coloca na condição de precursor da crítica marxista ao liberalismo capitalista. E, não sem razão, destaca a autora pontos específicos da mencionada obra em que se verificam elementos fortemente democráticos, tais quais a incompatibilidade entre democracia e desigualdade social e a legitimidade da vontade coletiva em sobreposição aos interesses privados.

Em sua análise, Duriguetto parte da ideia de que “liberalismo nunca foi sinônimo de democracia”, assim como da afirmação de que, embora o capitalismo não seja incompatível com a democracia, “sua existência só é compatível com ordenamentos políticos democráticos restritos cuja restritividade impede a transformação da igualdade formal em igualdade real [...]”.¹²²

Incluindo Rousseau na tradição marxiana ou marxista, assim como no rol dos pensadores que se esforçaram para compreender a relação entre Estado, sociedade civil e democracia

122 DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*, p. 33. A própria autora, em tal ensejo, qualifica a igualdade material como igualdade no tocante à “propriedade”, à “posse e gestão dos meios de produção” e no que pertine à “participação sócio-política nas decisões societárias”. De formação claramente marxiana ou marxista, com inspiração na doutrina de Gramsci, a autora é expressa e taxativa em afastar qualquer possibilidade de concretização democrática de igualdade real que seja conciliável com o capitalismo, literalmente: “[...] *aprofundar a democracia no capitalismo é aprofundar uma contradição que o capitalismo não pode resolver. Seus princípios constitutivos são irreconciliavelmente antagônicos*” (*Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 34).

com base na soberania, Duriguetto especifica que ele – Rousseau – perseguiu uma legitimação de “conteúdo” e não apenas de “procedimento” ao buscar relacionar indivíduo, Estado e sociedade a partir de “um pacto legítimo, gerador de uma ordem social igualitária e de uma ordem política fundada de forma consciente e aceita voluntariamente”. A ideia é de que a obra rousseauniana é democrática porque defende “uma distribuição mais equitativa de riqueza” e modela um homem a orientar-se “pelo interesse comum” e pela “participação ativa individual no processo político de tomada de decisões”, produzindo-se um novo tipo de sociedade resultante da integração dos assuntos individuais e públicos.¹²³

Destarte, embora sem expressão específica de preocupação com a apatia político-social tão temida por Constant e por Tocqueville, a importância dada na obra de Duriguetto à participação do indivíduo na tomada de decisões políticas, que referencia Rousseau, faz coro à dimensão participativa da democracia, tão apreçoada na atualidade. Isso deixa bem claro que o contratualismo e a soberania popular hoje, tanto quanto ontem, continuam a serviço da legitimação decisória.

No entanto, se nos parece que, a par disto, Constant e seu claro pessimismo se apresentam bem mais realistas que Rousseau, o que, obviamente, não prejudica a percepção de que, se há algo de comum no emaranhado de dissensos que permeiam o conceito de democracia, esse algo é exatamente a participação

¹²³ Segundo a autora, o suporte da vontade geral referida por Rousseau é o interesse comum que deve guiar o governo da sociedade. Também centraliza-se a questão a partir de uma “ordem política participativa”, onde sobrelevaria um “novo tipo de sociedade, na qual os assuntos públicos são integrados aos assuntos individuais”, onde “os indivíduos ultrapassem as reivindicações de seus interesses imediatos e passem a se interessar pelas questões globais que atingem a todos”. (DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 38/41).

popular, da qual é coadjuvante e protetor importante o temor da ausência social ou apatia política.

Mas, em tal contexto, a par de um certo lirismo reinante na apologia ao consenso popular e vista a legitimidade em seus devidos termos, não se pode deixar de destacar que mesmo o consenso quantitativo, venha de onde vier, deve possuir e possui limites. E mesmo lida a vontade geral rousseauiana sob a ótica de um “interesse comum” de duvidosa densidade, o prejuízo ao pluralismo que decorre de uma tal homogeneização de vontades, para além das dificuldades práticas de sua realização, se nos parece incompatível com a complexidade reinante na sociedade atual.

Num tal reino de complexidade e populismo, a efetivação da vontade da maioria ou de um certo grupo politicamente dominante não é a única forma possível de participação popular. Pelo contrário: sua imposição pode significar a chancela exclusiva de determinada vontade, política e economicamente dominante. Evitar que isso ocorra, mediante o policiamento específico da concretização dos direitos humanos faz parte do papel da jurisdição constitucional, como posto doravante.

Está certo que essa complexidade, que produz um dos paradoxos da democracia, é tida por muitos como uma das aporias quase inconciliáveis do projeto democrático, cujo norte central repousa num suposto consenso. Mas também já parece certo que pluralismo, diferença, diversidade e outros designativos mais da polivalência social contemporânea não são apartáveis do cerne democrático, especialmente quando não se pleiteia para o exercício do poder apenas uma legitimidade de “procedimen-

tos”, mas uma forma particular – porque igualitária e não-discriminatória – de legitimidade de “conteúdo”.

E mesmo Duriguetto, no contexto supra, admite as dificuldades práticas de conciliação dessa “dicotomia particular/universal” na obra de Rousseau, onde “a formação da vontade geral acaba sendo, assim, incompatível com a manifestação da diversidade de subjetividades e de sua organização em organizações sociais plurais”, em prejuízo da relação democracia-pluralismo.

Insiste-se, entretanto, na igualdade material e no bem comum apregoados pela obra, o que, destarte, não se nos parece ser algo negado por quem quer que se pretenda democrático, ontem, hoje e até no porvir histórico. Destarte, a par de tratar com centralidade as perspectivas de Marx e Gramsci na relação entre o Estado, sociedade civil e democracia, a autora reconhece as alterações significativas que a abordagem da democracia sofreu especialmente a partir da segunda metade do Século XX. Nisto, privilegiam-se as concepções “da participação e do fortalecimento da sociedade civil para a constituição de uma nova ‘esfera pública’ consensual e democrática. Nisto, a “esfera da política e da democracia” surgem como “espaço de mediação dos processos de interação social”.¹²⁴

Isso, no entanto, não conduz necessariamente a um modelo de típica democracia participativa. Vejam-se.

124 DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 71/72. Essa democracia, conforme ainda Carlos Nelson Coutinho, após a Revolução Russa de 1917, passou a ser adotada inclusive pelo pensamento liberal. A integração da democracia à luta contra o nazifascismo e contra o socialismo, segundo o referido autor, ter-se-ia dado, no entanto, à custa de um “drástico esvaziamento do conceito, que deixou de ser sinônimo da afirmação de uma igualdade substantiva e da efetiva soberania popular”, para convolar-se em uma “afirmação de determinadas ‘regras do jogo’ de natureza formal”. (Prefácio à obra de: DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 11)

A crítica posta pela autora atribui às teorias liberais à postura de retração estatal com a qual se busca a superação da atual crise do Estado Social. Destarte, a crise do Estado Social é objeto de item específico adiante posto, mas para o momento resta destacado como instrumento de classificação da democracia. Considerando a perspectiva liberal de leitura estatal a partir das tendências mercadológicas, sistematiza Duriguetto duas correntes básicas de liberalismo autoproclamado democrático.

De um lado estariam os neoliberais ou “liberais neutralistas” ou ainda “realistas”, com a defesa da inexistência de “qualquer consenso moral e racional na definição da ordem social”. De outro lado, estariam os “liberais éticos” ou “comunitaristas”, segundo os quais é viável o consenso e a estabilidade sociais a partir de uma “concepção partilhada de valores e normas expressas nas regras do jogo democrático e na constituição de direitos”. A dualidade em questão, no entanto, não incluiria três correntes liberais distintas na análise da democracia, quais sejam o liberalismo pluralista de Robert Dahl, a democracia enquanto processo discursivo de Habermas e, por fim, a assim chamada democracia participativa.¹²⁵

A leitura procedida de Dahl¹²⁶ e dos pluralistas de uma forma ampla segue no sentido de que a teoria pluralista liberal enfatiza

125 DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 95.

126 Na teoria poliárquica de Robert Dahl, o elemento “tamanho” ou extensão territorial e populacional importam muito, vez que é bem destacada pelo autor a evidência de que quanto menor a estrutura onde há se aplicar a democracia maiores são as chances de se aproximá-la de seu ideal direto, sendo a representação tida, ao que se nos parece, como uma ficção necessária. Destarte, dada a importância conferida ao autor a tal elemento, considera ele improvável que a democracia venha a concretizar em nível internacional, embora a expansão internacionalista seja reconhecida como um fato. Aí aparecem mais uma vez as discussões sobre o Estado nacional, seus limites e sua relação com o próprio surgimento e o desenvolvimento da democracia. Assim, a poliárquia sob análise é uma teoria gestada para democracias em “grande escala”. DAHL, Robert (Trad. Beatriz Sidou). *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 97 e ss.)

elementos esquecidos pela democracia liberal elitista¹²⁷, que lançou ao esquecimento a organização coletiva dos interesses sociais, especialmente a partir de grupos, entidades, sindicatos e outros. A centralidade da democracia estaria, para os pluralistas liberais, na “dinâmica da ‘política de grupos’” e em formas variantes de “interação, competição e conflitos inscritos na sociedade e no Estado”. Essa centralidade na dinâmica grupal é que vai apontar, destarte, para uma incompletude teórica da formulação pluralista quanto à assim chamada “dimensão normativa da democracia”, especialmente compreendida esta “enquanto valor coletivo compartilhado por indivíduos capazes de estabelecer formas comuns de ação”.¹²⁸

Nisto, a esfera pública participativa apresentada por Habermas teria apresentado uma forma distinta e particular de encarar o fenômeno democrático, assim como também o problema inerente à crise atravessada pelos Estados Sociais. Parte-se de uma

127 A versão elitista da democracia, de aceção liberal, remete às ideias iniciais de Schumpeter e Max Weber, particularmente inspiradas pelas noções weberianas de assimilação técnico-burocrática (tecnocrática) da crescente complexidade produtiva do capitalismo. Ideias pautadas na percepção weberiana de incapacidade das massas quanto às iniciativas políticas, assim como de possibilidade construtiva de lideranças políticas de legitimação carismática perante essas mesmas massas sociais fazem coro à “democracia de liderança” schumpeteriana, igualmente pautada na crítica à vontade popular enquanto parâmetro para decisões e resoluções políticas, especialmente porque tal unicidade seria impassível de realizar-se nas sociedades modernas, de múltipla diferenciação quanto a valores, conteúdos e ações. (cf. DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 74/77).

128 Quanto a Robert Dahl, especifica-se: “O autor evidencia que num contexto de interesses e recursos diversificados, é pouco provável o aparecimento e a organização de maiorias persistentes. Assim, a maior parte da política é determinada pela ação de minorias relativamente pequenas e ativas (Dahl, 1989: 130). O processo democrático é, nesse sentido, assegurado pela existência de múltiplos grupos ou múltiplas minorias. Sendo assim, a minoria dos politicamente ativos quase sempre decide no sistema poliárquico. (1989: 131) A poliarquia expressa, assim, uma situação de competição aberta pelo voto entre grupos de interesse pelas preferências dos eleitores. E afirma: “[...] este será sempre um sistema relativamente eficiente para promover e reforçar concordâncias, encorajar moderação e manter a paz social”. (1989: 146)”. Já sintetizando os elementos centrais das teorias democráticas pluralistas, especifica a autora que “a funcionalidade dinâmica” da democracia pluralista reside na “autonomia intelectual e moral dos votantes”, assim como na “arena constituída pela organização de diversos grupos de interesses, que adquirem influência sobre o sistema político por meio da articulação de suas demandas particulares, que são agregadas junto aos mecanismos institucionais de representação, influenciando, assim, na tomada de decisões políticas” (DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 97 e 100).

divisão social que contempla os sistemas econômico, político-administrativo e sociocultural como “sistemas relativamente autonomizados”. Aí, a “racionalidade instrumental” da economia e da administração pública, direcionada ao lucro e ao poder político, não se confunde com a “racionalidade comunicativa” inerente à “interação social”. Em tal contexto, embora Habermas também tenha como ponto de partida a crise da eficácia do aparato do Estado, inova ele ao defender que o crescimento da “burocratização da esfera estatal” não impede a “manifestação da política moderna” e tampouco da democracia a esta correlata.

Contrariamente, a política moderna e a democracia teriam na “esfera pública” e nas “estruturas associativas e comunicativas” dessa mesma esfera um “espaço para sua expansão e desenvolvimento de forma autônoma, visando cada vez mais a reprodução da solidariedade social”. Sendo o Estado diferente da “esfera pública”, as ações comunicacionais desta são independentes da “complexidade dos aparatos administrativos”, que é crescente, e gesta-se aí um novo campo de participação político-democrática no seio da sociedade.¹²⁹

Em termos, o problema apontado por Habermas no que pertine ao Welfare State e sua crise diz de uma “colonização” das esferas comunicativas pelo Estado econômico e político. A partir disto, apresenta-se uma resposta que afirma um reequilíbrio entre o poder, o dinheiro e a solidariedade – Estado, economia e sociedade civil – a partir da “formação de uma vontade política

129 Nisto, enfatiza-se o processo democrático discursivo enquanto esfera independente das proposições administrativas. Tratar-se-ia de uma esfera intermediária de cunho político-democrático havida entre a sociedade civil e o Estado. (cf. análise da abordagem de DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 110/111).

democrática no âmbito da esfera pública”, sendo esta última o espaço adequado para a condensação e identificação dos elementos democráticos.¹³⁰

Nesse caso se pode vislumbrar nas percepções habermasianas o elemento participação discursiva enquanto fundante do Estado Democrático de Direito, conforme enfatizado em itens subsequentes. De toda sorte, a par de centrar-se a abordagem adiante no aspecto discursivo e consensual de tal teoria, para o momento importa bastante a ênfase do autor no papel que desempenha a sociedade civil na construção democrática.

Embora seja problemática a questão da formação do consenso em sociedades contemporâneas, cuja ênfase se dá em sua complexidade, a percepção habermasiana de participação política, de fato, situa as decisões sobre leis e políticas públicas como resultado final de um processo discursivo ativamente integrado pelo povo.

Segundo o próprio Habermas, “os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas”. Essa formação pública da opinião e da vontade se operaria de forma comunicativa, onde o princípio do discurso opera em dois fronts: primeiro, em sentido cognitivo, ele filtraria os argumentos e as informações, tornando-os racionalmente aceitáveis; depois, em sentido prático, ele produziria “relações de entendimento” ou de não-violência caracterizadoras da “liberdade comunicativa”. Em termos, “o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito”, que segue

130 DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 114.

visto como resultado de um processo discursivo do qual participa ativamente a sociedade civil.¹³¹

O próprio Habermas, aliás, ao apregoar a distinção, em relação de autonomia, entre Estado e Sociedade Civil, conferindo a esta, no auge de sua discursividade, um papel central na formação do Estado de Direito e da democracia, trata do princípio da soberania popular sem elevar sua concreção à noção de democracia direta em acepção literal. Na sua proposta de interpretação dessa soberania à luz da teoria do discurso, a separação de poderes é um elemento essencial de concreção da assim chamada vontade popular, que também contempla como um de seus elementos centrais a proteção ou garantia do indivíduo através da lei:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem o povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre o Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem

131 HABERMAS, Jürgen (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190. Para Duriguetto, no âmbito do paradoxo havido entre a democracia e o assim chamado "bem comum", em Habermas há o reconhecimento da inviabilidade de uma noção única do que signifique esse "bem comum", sendo a questão solvida pela introdução do princípio da igualdade na prática discursivo-argumentativa própria da "esfera pública", num ponto de encontro onde os indivíduos comunicantes reconhecem a si próprios como iguais. Em assim sendo, "a validade da democracia está ligada ao ato argumentativo", que deve ser igualitário, enfatizando-se a democracia como vertida à composição de "um sistema de regras práticas mais adequadas para a organização de um processo livre de comunicação". Essa comunicação, por sua vez, é canalizada do "mundo da vida" para a "esfera pública" por "associações voluntárias" sem vínculos com o mercado ou com o Estado, as quais constituem a assim chamada "sociedade civil".

passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.¹³²

Veja-se que o próprio controle jurisdicional da administração e o princípio da separação entre Estado e sociedade são tidos como elemento de uma soberania popular segundo a qual, literalmente, “todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos”.¹³³ Trata-se do exercício de um poder legitimado pelas “leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente”; leia-se aí, procedimentalmente. A partir de tais pressupostos passa o autor a especificar as fases de composição dessa opinião e dessa vontade que hão de se concretizar a partir das leis, numa relação circular onde o direito cria o poder político e vice-versa.

Sem ignorar os aspectos positivos da teoria discursiva, o âmbito do presente trabalho conduz a legitimidade democrática a um nível de análise que não se compraz apenas com o estabelecimento discursivo de opiniões e vontades construídas procedimentalmente no âmbito da esfera pública pluralista ou sociedade civil. Construções que remetem ao “auto-entendimento hermenêutico”, à “autocompreensão autêntica” e à percepção de que a esfera pública contempla “formas de vida”¹³⁴ distintas, com sérias implicações não apenas jurídicas, mas também morais e ético-políticas – bem distinguindo o autor o direito da moral – parecem deixar bem claro que a democracia, em Habermas, é procedimental em essência, mas remete, como na maioria das acep-

132 *Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I*, p. 212.

133 *Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I*, p. 213.

134 *Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume I*, p. 227.

ções democráticas, à etimologia do termo, recorrendo ao poder popular. No entanto, sua ênfase operacional em tal procedimento a torna parcialmente incompatível com o presente trabalho, que prioriza uma teoria democrática material.

Trata-se aí também de uma construção que, pesados seus componentes participativos e procedimentais, não exclui a representatividade dominante no modelo democrático da atualidade, sendo exemplo nítido da combinação de elementos que remete a tal fenômeno, supra indicado. Também a aceção da presente abordagem não vislumbra condições atuais para a renúncia aos aspectos operacionais do princípio representativo. Opta-se, terminologicamente, por trabalhar a democracia sem adjetivações adicionais, como reflexo da noção aqui assentada de que a representação necessária na atualidade não supera a participatividade e tampouco os demais aspectos materiais contemplados pelo fenômeno democrático.

Também não reside aqui inclinação alguma à adesão do adjetivamento “participativo”, que a nosso sentir representa uma luta justa pela aproximação entre os modelos ideal e real de democracia. Isto não quer dizer que não se faça adesão a propostas várias aliadas costumeiramente a tal modelo.

Por exemplo, o compromisso democrático-participativo apresentado na obra de Paulo Bonavides, ao invés de promover ao esvaziamento da participação popular, deixa de considerar esta como um fim em si mesmo para alçá-la a condição legítima essencial ao constitucionalismo. Trata-se de uma visão emancipatória, material e normativa significativamente distante da crítica de Duriguetto ao procedimentalismo centralizado de

Habermas, assim como particularmente próxima de uma renovada ótica jurídica e social que se nos parece compatível com a ótica dos direitos humanos.

Em Bonavides, se vislumbra a criação dos assim chamados “espaços públicos” enquanto instrumentos da própria democracia participativa e direta, ficando claro que não ignora o referido autor o papel da sociedade civil na construção democrática. Dizendo do liame necessário entre o direito, a ciência política e a sociologia, ressalta o autor que as noções de espaço estatal e espaço público não se confundem, sendo este último conceito de extremada importância para a formação dos sistemas participativos de democracia direta, como instrumento novo para eliminação da intermediação representativa.¹³⁵

Resumindo a noção de democracia participativa, Duriguetto afirma que o norte central de tal modelo é “uma participação mais efetiva dos sujeitos sociais nas diferentes instâncias políticas de discussão dos assuntos públicos”. A crítica feita em tal contexto segue no sentido de que não há aí uma “nova teoria da democracia”, mas apenas uma “ênfase nova (ou renovada) na participação, ao passo que essa participação também seria defeituosa por não apresentar uma proposta de “reforma intelectual e moral para a construção de uma vontade coletiva hegemônica”.¹³⁶

¹³⁵ “O espaço público poderá ser, futuramente, um dos mais importantes polos políticos de conscientização participativa da cidadania; é sem dúvida a primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar, em preparação constitutiva, a democracia direta do terceiro milênio. Democracia que assume o status de direito de quarta geração, direito cuja universalidade e essencialidade compõem o novo ethos que o gênero humano, em sua irreprimível vocação para a liberdade, a igualdade e a justiça, toma por inspiração.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 279).

¹³⁶ DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 124 e 128.

Que a participação é elemento extraível da própria noção de democracia já se disse. Agora que seja possível, na sociedade atual de pluralismo e supercomplexidade, um modelo hegemônico moral e intelectual que promova a reformulação da proposta democrática, não se nos parece viável e quiçá desejável, especialmente se consideradas as dificuldades das expressões “hegemonia” e “vontade coletiva” no contexto da diversidade e da alternância democráticas.

Destarte, não se pode deixar de ver que a centralidade do debate procedido pela referida autora remete a “sujeitos coletivos” enquanto mediadores da democracia, esta última vislumbrada a partir da corrente gramsciana contrária ao liberalismo. E nisto não se pode deixar de perceber que propostas coletivizantes da vontade individual – insolúvel em um único projeto total – apresentam-se tão impraticáveis quanto o é o individualismo de excessos juridicizantes.

Adjetivando ou não a democracia em sua teorização material, importa em muito considerar a teorização bonavidiana que transcende a noção abstrata, obscura e irreal de povo, também ultrapassando os lindes de clássica separação de poderes. Sem eliminar essa separação, o autor revisita a teoria de Montesquieu para transferir os fundamentos da separação a uma “distinção funcional e orgânica de poderes” pautada nos valores aliados ao princípio da unidade da Constituição. Este princípio, sob o ponto de vista formal, representa a supremacia hierárquica constitucional, e, sob o ponto de vista material e mais importante, passa a representar “uma hierarquia de normas visualizadas pelos seus conteúdos e valores”. Nesses valores ou nessa “ordem axiológica” diz-se residir o espí-

rito da Constituição, dando corpo à legitimidade do ordenamento, que não é apenas formal – inerente à segurança -, mas especialmente material – ligada à justiça distributiva/substantiva.¹³⁷

Para os fins deste trabalho, cabe deixar claro que essa dimensão material e de legitimação substantiva, na contemporaneidade global, é transferida para a percepção dos direitos humanos em sua múltipla relação com o Direito Constitucional, o Direito Internacional e os valores e mecanismos que permeiam o Estado Democrático de Direito. Nisto, o fenômeno que importa destacar é o democrático, com necessária ênfase na participação popular e na concretização dos direitos humanos enquanto elemento de reconhecimento e realização dessa mesma vontade, especialmente considerados ainda os demais elementos valorativos e materiais que integram a democracia.

2.2.2 Democracia e regra majoritária: a legitimidade de contramajoritária

Mas a questão da democracia, na feliz análise de Bobbio¹³⁸, seja ela direta ou representativa, possui um tronco comum em torno do qual circundam suas variantes: o nominado “princípio da legitimidade”, tido pelo doutrinador como “o princípio

137 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 28. Ainda, segundo Bonavides, “a bandeira da democracia social e participativa é apresentada pelos globalizadores como arcaísmo político, que ainda faz arder a imaginação dos países do Terceiro Mundo. Todavia, é a doutrina do neoliberalismo que figura como a lâmina mais corrosiva e cortante que já se empregou para decepar a liberdade, a economia e as finanças dos povos da periferia”. Isto porque no mundo político-econômico atual, a globalização significa a dominação dos povos em totalidade ao “império das hegemonias supranacionais, enfeixadas na ideologia da pax americana” (p. 30).

138 O *Filósofo e a Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 236.

segundo o qual um poder é aceito como legítimo e como tal deve ser obedecido” ou como o “fundamento da obrigação política”. Essa legitimidade, por sua vez, pode ser considerada a partir de dois ângulos: o do consentimento de seus destinatários e o da superioridade (natural ou sobrenatural) de quem o possui.

Na percepção de Kelsen¹³⁹, aliás, a democracia se caracteriza pela síntese dos princípios da liberdade e da igualdade. Da igualdade se inferiria que “ninguém deve mandar em ninguém”, em contraponto com a noção de que “se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos nos deixar comandar”. A partir, aliás, da relação entre esses princípios e a vida em sociedade surgiria a democracia, que é explicada por Kelsen a partir de elementos que remontam ao contratualismo rousseaiano, literalmente:

Se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas á vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais.

Mas nem sempre as noções de liberdade e igualdade caminharam juntas em torno da ideia de democracia, como sucede sem oposições no mundo atual. Para os antigos, como nos diz Bobbio¹⁴⁰, a liberdade significava autogoverno, ao passo que para os modernos essa mesma liberdade coincidiria com as liberdades civis, de sorte que durante muito tempo o liberalismo

139 *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

140 *O Filósofo e a Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 238.

e a democracia, entendida esta última, como governo de iguais, mantiveram-se como ideias dicotômicas.

Tal dicotomia teria, no entanto, passado a se desfazer a partir do momento em que o Estado Liberal surge como protetor das liberdades individuais, passando-se posteriormente à garantia não apenas das liberdades negativas, mas igualmente à garantia das liberdades positivas, fortificando-se os processos de participação popular.

Adiante, desde a segunda metade do século XIX até o momento atual, os movimentos socialistas ligados à noção de igualdade material ou substancial (em contraposição à igualdade meramente formal) forjaram a chamada democracia social. Na época, o contrasenso era estabelecido entre as democracias liberais e os socialistas, em apartheid ideológico que só veio a diminuir. Para Bobbio¹⁴¹, no entanto, a noção de democracia que se consolidou após a Primeira Guerra Mundial e que mais se aplica até os dias atuais é o nominado modelo procedimentalista, este defendido por Schumpeter, Kelsen, Popper e Hayek, modelo este que teria por referência a consideração de que seria a democracia...

A forma de governo na qual valem normas gerais, chamadas leis fundamentais, que permitem aos membros de uma sociedade, mesmo que sejam numerosos, resolver os conflitos que inevitavelmente nascem entre os grupos que defendem valores e interesses diferentes, sem necessidade de recorrer à violência. (BOBBIO: 2003, p. 240)

Mas dois outros elementos são preponderantes na concepção procedimentalista apresentada por Bobbio, os quais, destaque, são de necessária e oportuna consideração nesse trabalho. O

141 O *Filósofo e a Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 239.

primeiro deles é a referência à democracia como um “sistema de convivência entre os que são diferentes” e o segundo deles é a afirmação expressa de que o tal regime pressupõe a limitação do poder outorgado pelo consenso a partir da garantia de “direitos invioláveis da pessoa”.

A primeira dessas referências nos importa por ser ínsita ao pluralismo e a segunda por ter clara identidade com os direitos humanos. Bem se vê que Bobbio reconhece os valores ditados pela diferença e pelos direitos humanos como ínsitos à ideia de democracia. Mais que isto: ele deixa expresso em seu texto que a noção procedimentalista em voga para suas assertivas não exclui os valores que estariam implícitos na própria opção entre um regime (democracia) e outro (autocracia).

O melhor exemplo que Bobbio¹⁴² confere a essa concepção valorativa, segundo ele, se inspira no valor da igualdade, o qual ele relaciona com a “negação de discriminações tradicionais entre os membros de uma mesma sociedade em relação à renda, à cultura, ao sexo ou às opiniões políticas e religiosas”. No desenrolar dessa perspectiva, os direitos humanos aparecem como pressupostos democráticos.

Não há dúvidas de que a noção moderna de democracia possui estreita relação com a proteção dos direitos humanos, os quais são tidos como fundamentos ético-valorativos de tal regime

142 *“Trata-se do pressuposto segundo o qual o ser humano é uma pessoa moral que contém um fim em si e não pode ser tratado como meio; tem uma dignidade, não um preço. Certos direitos são inerentes à pessoa como tal. Sem recorrer a postulados metafísicos, eles podem ser justificados e interpretados como pretensões, que emergem progressivamente no curso da história, dos homens e das mulheres de serem tratados de forma a não serem submetidos a sofrimentos inúteis, humilhações, submissões prolongadas ou marginalizações, podendo, ao contrário, gozar de um mínimo de bem estar”.* (O Filósofo e a Política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 241).

de governo. Mais que isto: os direitos humanos são tidos como pautas necessárias, sem as quais não sobrevive a democracia. Assim, num primeiro momento, os direitos humanos funcionam como mecanismo de legitimação da própria concepção democrática, a qual representa uma opção política pautada no respeito à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

No entanto, tal assertiva possui várias outras implicações, principalmente a partir do processo de especificação dos direitos humanos, que se desenhou logo após sua internacionalização, conforme já posto em item anterior. Tais especificações, como se sabe, não partem de uma necessidade meramente teórica, sendo mandamentos de uma sociedade cada vez mais plural e cada vez mais global, cada vez aberta a novas e múltiplas concepções e escolhas individualizadas de vida.¹⁴³

Com efeito, em que pesem as renomadas adesões que se verifica em relação a cada uma dessas duas concepções, se nos mostra mais coerente a posição de Habermas, para quem, tanto a “diversidade de concepções individuais” quanto “a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes, tradições” são formas de pluralismo presentes nas democracias contemporâneas, sem que haja uma relação de prioridade

143 A respeito disto, vale lembrar: “O pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. Quando Jürgen Habermas descreve a “moralidade pós convencional” ou quando Claude Lefort menciona a dissolução dos “marcos de referência da certeza”, ambos se referem ao fato de que no mundo moderno já não é possível configurar uma ideia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos. O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.” (Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, p. 02).

entre elas.¹⁴⁴

O que importa destacar para o presente trabalho é a presença inexorável dessa diversidade, de forma que a eleição de uma noção que permita a consideração de sua amplitude e complexidade tanto quanto possível se faz imperativa. É que nos importa considerar que, para um governo que se pretende seja realizado, ao menos em sua concepção original, pelo próprio povo, a democracia se vê na aparentemente insolúvel contingência de pautar-se em procedimentos centrais (eletivo e majoritário) que não são suficientes para o solucionamento das questões relacionadas a esse mesmo pluralismo, em sua grande maioria representadas por doutrinas e posições minoritárias, sendo estas, notadamente, as que menor espaço detém no meio social e político.

Em outras palavras, a mesma democracia que se legitima a partir do pluralismo põe-se em aparente contradição ao buscar a solução para os conflitos gerados a partir de seu próprio elemento legitimador. Aliás, que a democracia é um regime ligado, em sua essência legitimatória, à diversidade e ao respeito aos direitos humanos bem já se disse.

Segundo Touraine¹⁴⁵, “a democracia não se define pela participação, nem pelo consenso, mas pelo respeito das liberdades e da diversidade”. Acresce o doutrinador em foco que o “regime democrático é a forma de vida política que dá maior liberdade ao maior número de pessoas, que protege e reconhe-

144 CITTADINO, Gisele. Pluralismo, *Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 02.

145 TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 25.

ce a maior diversidade possível”. Em certa medida, o temor da assim chamada “tirania da maioria” permeia a obra do referido autor, juntamente com a ênfase tida nas liberdades individuais que permitem qualificá-lo como um liberal. Vale, entretanto, a percepção aguçada em sua crítica de que o reconhecimento da diversidade cultural e social é condição sine qua non da democracia.

Aliás, atualmente, haja vista o amplo aspecto de especificação dos direitos humanos, a defesa de tais direitos já implica, por si só, em uma postura necessariamente pluralista, posto ser inviável advogar-se a defesa dos direitos como, por exemplo, os de núcleo antidiscriminatório, galgados no Princípio da Igualdade, sem assumir-se uma postura de defesa da diversidade, postura esta que tem como representação de maior ênfase as políticas afirmativas ou de discriminação positiva, voltadas à execução de uma igualdade material, substancial.

A questão aí passa a ser outra, entretanto: se para se garantir o respeito aos fundamentos ético-valorativos da democracia – quais sejam o respeito aos direitos humanos e ao pluralismo – é inviável a efetivação em absoluto das regras da maioria e da eletividade, é possível manter-se a observância de tais fundamentos sem se desvirtuar o princípio democrático? ¹⁴⁶

A respeito do tema observa o mestre que tanto pode haver sistemas não democráticos que se baseiam na regra da maio-

146 Segundo Bobbio, “nos sistemas políticos definidos como democráticos, ou mais frequentemente como democracias ocidentais, aplica-se a regra da maioria tanto para eleger os que serão detentores do poder de tomar decisões que afetam a comunidade, como para fixar as deliberações dos órgãos colegiados supremos. Todavia, isso não implica: a) que a regra de maioria seja exclusiva dos sistemas democráticos; b) que nesse sistema as decisões colegiadas sejam tomadas exclusivamente mediante essa regra”. (*O Filósofo e a Política*, p. 261).

ria, como é corrente a existência de democracias em que nem todas as decisões se baseiam nessa mesma regra. Nos termos da lição esposada por Bobbio¹⁴⁷, a história do princípio da maioria não é a mesma história do princípio democrático, sendo possível afirmar-se: primeiro, que as questões atinentes à regra da maioria se desenvolvem independentemente da noção democrática; segundo, que o âmbito de aplicação de tal regra (de maioria) cinge-se ao funcionamento dos órgãos colegiados, sendo ele compatível com regimes democráticos e não democráticos.

No caso, destaca-se a existência de limites na aplicação do princípio da maioria, limites estes que se identificam com as situações em que essa regra não se aplica, o que corresponde a situações em que sua incidência seria inoportuna, por incondizente com sua finalidade, ou injusta. Os direitos humanos constituiriam parte dessa limitação, sendo inegociável sua supressão a partir da regra da maioria.¹⁴⁸

147 "Os organismos colegiados da Roma antiga, inclusive o Senado, onde as decisões coletivas eram tomadas por maioria, sobreviveram durante os principados; durante a Idade Média, o desenvolvimento das *Korperschaften* na Alemanha teve lugar em um contexto histórico geral em que a democracia, concebida como forma de governo diferente da monarquia e da aristocracia, nem sequer é aventada". (O Filósofo e a Política, p. 263).

148 "Todas as Constituições liberais se caracterizam pela afirmação dos direitos do homem e do cidadão, qualificados de "invioláveis". A inviolabilidade reside precisamente no fato de que esses direitos não podem ser limitados, e muito menos suprimidos, por meio de uma decisão coletiva, mesmo que esta seja majoritária. Por serem inalienáveis diante de qualquer decisão, mesmo majoritária, estes direitos foram chamados de direitos contra a maioria. Em algumas Constituições são garantidos por meio do controle constitucional sobre as leis (ou seja, sobre decisões tomadas por maioria), declarando-se legítimas as leis que não respeitem esses direitos. Assim, buscando construir um princípio geral a partir dessa realidade, que não pode ser submetido à regra de maioria é a distinção entre o que está sujeito à opinião e o que não está. Isso, por sua vez, implica mais uma distinção, a saber, entre o que é negociável e o que não é: os valores, os princípios, os postulados éticos e, naturalmente, também os direitos fundamentais não estão sujeitos a opinião, e, portanto tampouco são negociáveis. Assim, a regra de maior número, que só se relaciona com o que está sujeito a opinião, não é competente para julgá-los". (O Filósofo e a Política, p. 264).

De fato, não só é possível excepcionar-se o princípio da maioria, como também tal medida se faz claramente necessária diante da efetivação de pressupostos e fundamentos que se encontram na base da legitimação democrática, como sucede com o pluralismo e com os direitos humanos.

Recorde-se que, conforme, Touraine¹⁴⁹, ainda, não é apenas o reino da maioria ou um mero conjunto de garantias institucionais que define a democracia. Esta condiz especialmente com “o respeito pelos projetos individuais e coletivos, que combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação com uma coletividade social, nacional ou religiosa particular”.

No mesmo sentido, no tocante aos direitos humanos, é noção assente que estes se encontram na base não apenas da democracia moderna, mas igualmente da democracia contemporânea, não se podendo ainda olvidar que sua estreita relação com o pluralismo igualmente democrático aproxima deveras as noções aqui postas, de forma a deixar evidente que tal relacionamento é determinante no tocante à revisão da regra da maioria, permitindo que seja esta excepcionada diante das situações em que não se presta ela à efetiva realização do princípio democrático.

Compreendida a limitação da percepção etimológica de democracia, pode-se voltar vistas para os instrumentos (= formas e meios) de se dar ênfase e maximizar o poder real do povo, não se podendo esquecer a busca pela identificação de quem é o povo em concreto, na realidade, elemento indispensável a que se supere a concepção exclusivamente etimológica de democracia.

149 TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 25.

Também a obra de Sartori destaca que democracia não se resume simplesmente a poder da maioria, sendo esta expressão um resumo do que seria “poder limitado da maioria” ou poder da maioria limitado pelos direitos da minoria, os quais devem ser respeitados.¹⁵⁰ E, de fato, não é nova a fórmula que apregoa o poder democrático como um poder da maioria limitado pelos direitos das minorias. No entanto, a questão nem sempre é lembrada como deveria e tampouco se perfaz objeto central das práticas democráticas atuais, mais encaradas do ponto de vista estritamente procedimental, que do ponto de vista substancial, o que implica a uma séria despreocupação com os elementos subjacentes ao princípio democrático.

A lembrança de que a defesa das minorias e a abertura de espaços para os seus projetos de vida tem estreita relação com o respeito à individualidade e à liberdade pode muito bem ser objetada por reflexões que minorem a importância da liberdade em favor de posições pró-coletivas, ao que nos lembra Sartori que ainda em condições tais não se pode resumir o poder do povo enquanto acepção democrática ao poder puro e simples da maioria, em especial porque essa totalitarização do conceito implicaria em uma não democracia.¹⁵¹

150 Destarte e sobre isto testemunha o autor que tal compreensão era bem entendida há algumas décadas, embora não o seja mais nos dias atuais e nada obstante ontem como hoje, nos mais variados cantos do mundo, as maiorias de todas as ordens (étnicas, religiosas etc.) tenham envidado esforços no sentido de oprimir e de exterminar as minorias, muitas e muitas vezes com significativo sucesso (SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 53).

151 Literalmente; “[...] se o critério da maioria é transformado (erroneamente) num poder absoluto da maioria, a implicação dessa distorção no mundo real é que uma parte do povo (em geral uma parte bem grande) torna-se não povo, uma parte excluída. Aqui, então, o argumento é que quando a democracia é equiparada ao poder puro e simples da maioria, essa equiparação converte eo ispo uma parcela do demos em não-demos. Inversamente, a democracia concebida como poder da maioria limitado pelos direitos da minoria, corresponde

A arguição da abstração ampla dessa discussão é deveras pertinente, mas o contexto abordado se nos parece incompleto. É que a inclusão das minorias no conceito de povo e sua necessária consideração mesmo quando da aplicação da regra da maioria, forcejando por dar a tal regra um significado onde não caiba a exclusão, lança o conceito de povo para além do aglomerado de indivíduos votantes, que tanto se limita à noção de cidadania política, quanto se perfaz em conceito operativo apenas no âmbito dos estados nacionais propriamente ditos.

A percepção do autor na divisão maioria-minoria e na ampliação quanto maior possível da noção de povo apresenta, em verdade, uma quantidade maior e mais qualificada de implicações que aquelas que são apresentadas no texto abordado, especialmente se a consideração do que seria minoria for vislumbrada como um conceito para além do povo enquanto formação de indivíduos dotados de cidadania política e, portanto, aptos a votar.

Mesmo para os indivíduos não-votantes a limitação da regra da maioria pela limitação de seu poder, se efetivada especialmente por intermédio do reconhecimento e da proteção dos direitos humanos, conduz a noção de povo a uma extensão para além das acepções meramente políticas consideradas por Sartori, podendo-se e devendo-se conferir espaço protetivo – dentro do Estado Democrático de Direito – a todo e qualquer ser humano por sua própria e simples condição de humanidade.

ao povo todo, isto é, à soma da maioria com a minoria. É precisamente porque o poder da maioria é restringido que todo o povo (todos aqueles que têm direito de voto) está sempre incluído no demos". Isto é dito porque o povo é dividido em maioria e minoria apenas para fins de viabilização ou operacionalização do processo de tomada de decisões e não para se permitir a exclusão de uma parcela do povo (= minorias) do conceito de povo propriamente dito e essencial à percepção democrática. (cf. SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo, p. 54/55).

Essa especial condição de humanidade, que, com força singular, é gestora da titularidade de direitos inclusive em nível internacional, não se afirma apenas pela soma do voto com a representação. Sua consideração em face da teoria de Sartori pode nos levar a vislumbrar a existência de uma atividade representativa em órgãos responsáveis pela defesa dos direitos humanos, ainda que não se esteja diante de instituições eleitas, tal como sucede com as Cortes Constitucionais e demais órgãos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional em território nacional ou não.

Pressupondo que a eleição não implica automática e necessariamente em representação e vista a representação pela perspectiva da responsabilidade e receptividade de quem exerce o poder em face de quem detém sua titularidade nominal (o povo), não nos parece menos possível ou pertinente considerar legítimo o reconhecimento de uma atividade democraticamente representativa na prática constitucional de proteção, defesa e efetivação dos Direitos Humanos.

E, embora uma reflexão razoável sobre o tema nos permita falar em uma representação sem eleição e em eleição sem representação, também não nos parece necessário o forcejamento desta ou daquela teoria para aquilatar o caráter democrático ou não do exercício jurisdicional de assento constitucional. Se bem que esse aquilatamento, infelizmente, se tem operado com recurso à teoria da representação bem mais para somar forças à luta pelo partilhamento institucional do poder, embora se lhe atribua o falso rótulo da busca da redução dos espaços que separam o poder nominal do povo do exercício efetivo desse mesmo poder.

Se a questão fosse, de fato, em tal contexto, aproximar a titularidade nominal do poder de sua titularidade de exercício então os parâmetros da discussão seriam outros.

E, de fato, as ideias sartorianas nos servem muito. Nada obstante, é preciso considerar seus limites, os quais, por vez, apresentam uma percepção ainda mais benéfica para as indagações a que se propõe este trabalho. É que se a inclusão de minorias consideradas do ponto de vista da opinião política é a referência central do autor, muito mais rica e completa se perfaz a ideia democrática quando as concepções de povo, cidadania e minoria/maioria são elevados à amplitude necessária da condição humana própria dos Direitos Humanos.

Sartori afirma, com Rousseau, que o cidadão, no momento que vota, não perde sua liberdade porque a qualquer momento pode mudar sua opinião, convolvendo-a de opinião majoritária para minoritária e vice-versa. Nisto se atém aos conceitos políticos que propõe, dentro dos aspectos de cientificidade a partir dos quais engendra o seu trabalho. Mas as abstrações que permeiam essa consideração servem a fins mais amplos, como explanado supra, se transferidas para a consideração do ser humano por sua simples condição de humanidade, considerado em sua dignidade. No âmbito da democracia, a alternância e complexidade do exercício do poder não se somam em um fenômeno meramente político, mas a liberdade que permeia esse fenômeno como um todo mantém a sociedade democrática aberta e autogerida – recorde-se que, ao nosso ver, não apenas do ponto de vista político.

No mais, ampliados os critérios de análise dessa per-

cepção, transferindo-o para além e através do fenômeno meramente político, pode-se e deve-se vislumbrar o respeito aos direitos das minorias é, em verdade, o sustentáculo da democracia. Nas palavras de Sartori:¹⁵²

A liberdade de cada um é também a liberdade de todos; e adquire seu significado mais autêntico e concreto quando estamos na minoria. Com o devido respeito pelo slogan da democracia enquanto poder majoritário: é o respeito e a salvaguarda dos direitos da minoria que sustentam a dinâmica e a mecânica da democracia. Em resumo, os direitos da minoria são uma condição necessária ao processo democrático. Se estamos comprometidos com esse processo, então também devemos estar com um poder de maioria restringido e limitado pelos direitos da minoria. Manter a democracia como um processo contínuo requer que asseguremos a todos os cidadãos (maioria mais minoria) os direitos necessários ao método segundo a qual a democracia funciona.

A respeito, Dworkin¹⁵³ bem lembra que não existe um sentido unívoco para o conceito de democracia, a qual é definida das mais variadas formas. Nesse sentido, ressalta ele que a premissa majoritária ou a regra da maioria que costumeiramente é aliada à democracia admite exceções, ressaltando ele que a maioria das pessoas nos EUA reconhece que nem sempre a maioria deve governar e que está correto em muitos casos o exercício do papel da Corte Suprema no sentido de excepcionar essa premissa na defesa de direitos individuais.

Nesse ponto, a democracia é definida por Dworkin como “gobierno sujeto a condiciones”, a condições nominadas por ele de democráticas, conferitórias de um status de igualdade

152 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*, p. 56.

153 DWORKIN, Ronald. *La lectura moral de la constitución y la premissa mayoritaria*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002.

para todos os cidadãos, as quais devem ser respeitadas pelas decisões majoritárias.

Fato é que, tratando-se historicamente a questão sob enfoque, chegar-se-á à inolvidável conclusão de que os Direitos Humanos encontram-se, hodiernamente, em sua fase de especificação, onde o respeito à pluralidade avulta dos fenômenos de multiplicação e irradiação de tais direitos, estes voltados à geração de condições para sobrevivência e desenvolvimento das diferentes formas de realização da vida.

Falar, aliás, em pluralidade, no contexto desenvolvido ao longo da abordagem aqui concluída, é também falar-se de democracia e de direitos humanos, com especial ênfase para os pontos de encontro e desencontro entre o processo democrático, os direitos humanos e o pluralismo.

Não sem considerável trabalho analítico-axiológico, é possível dizer-se que, nada obstante a prevalência dos direitos humanos, em especial na defesa do pluralismo, implique muitas vezes na necessidade de suplantarem-se os critérios da maioria e da eletividade tão próprios do jogo democrático, essas mesmas regras – de maioria e eletividade – não são inerentes à natureza da democracia de tal sorte a não poderem ser excepcionadas ou superadas por pautas valorativas superiores.

E quando se fala em pautas valorativas superiores está-se a tratar, precisamente, dos Direitos Humanos, sem os quais não se pode falar em regime democrático e, ainda, sem os quais não se pode pensar a necessária limitação do poder Estatal e a imperativa preservação da diversidade humana.

Entrementes, o respeito à diferença e aos direitos considerados ínsitos à dignidade humana, inclusive em nível mundial, transportam os Direitos Humanos para um nível de inegociabilidade determinante, este fortalecido a partir da evidência de que a regra da maioria não é exclusiva dos sistemas democráticos e tampouco se perfaz ela em único instrumento ou parâmetro plausível para tomada de decisões.

Nesse sentido, a nosso ver, todo poder que se pretenda efetivamente democrático deve conservar-se dentro de uma postura e de uma busca constante pelo respeito e pela realização dos Direitos Humanos, especialmente em sua vertente pluralista, cosmopolita e dignitária, sendo o conteúdo de tais direitos um verdadeiro centro emanador de legitimidade para o exercício do poder (em quaisquer de suas esferas e centros de emanação), inclusive e principalmente sendo eles – os Direitos Humanos - oponíveis às escolhas próprias da representatividade majoritária e eletiva, como, de resto, se nos têm mostrado as teorias e realidades que dominam o espaço da globalidade hodierna.

Posição assim assumida, ao nosso ver, apresenta relação condizente não apenas com a nova vertente sistêmica que se tem feito presente no constitucionalismo contemporâneo, mas também com uma abordagem da democracia que, longe de ser meramente procedimentalista, assenta-se no compromisso com a realização dos direitos que não apenas fazem parte do sistema jurídico constitucional em nível global, mas também que fundamentam tal sistema, encontrando-se na sua base legitimadora/justificadora.

Diferen-
Diferença
Dife-
Ruralismo
Ruralismo
no Dife-

Capítulo 3

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO

Ruralismo
Diferença
Diferen-
Dife-
Ruralismo
Diferença
Diferença

Capítulo 3: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO

3.1 O CONSTITUCIONALISMO PRÉ-MODERNO E A INDIFERENCIAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO ESTADO

A designação titular do presente trabalho não nega sua centralidade e, como já dito, tampouco deixa alguma dúvida acerca de suas categorias centrais de abordagem, que transitam pelos direitos humanos e por sua relação com a democracia, o Estado e o constitucionalismo. Contextualmente, também a relação entre o Estado e a sociedade civil parecem ser essenciais à tratativa democrática. Para conduzir uma discussão assim complexa e ampla não se pode pretender a produção de uma reconstrução histórico-minudente das abordagens jusfilosóficas e das teorias sociais que permeiam a discussão.

Nada obstante, a consideração devida do exercício jurisdicional em face da Constituição passa, obrigatoriamente, pela análise da legitimidade do poder exercido a partir dessa jurisdição. Um tal poder, embora essencialmente jurídico, não pode ter sua politicidade negada e, enquanto poder que é, também não há de prescindir dos instrumentos necessários à sua legitimação. Destarte, se o Estado e a Constituição lançam no coração da jurisdição a politicidade que lhe é negada pela tradição dogmática positivista, as crises nacionais de tais estruturas – Estado e Constituição – acabam por se convolverem em crises que centralizam o próprio Estado Democrático de Direito.

Contemporaneamente, encarar os aspectos de legitimidade do poder estatal parece não ser mais uma opção, e a obrigação correspondente a isto, por outro lado, empenha o jurista numa revisão necessária das formas constitucionais padronizadas sob a ótica do Estado Nacional, conforme gradativamente aqui apresentado.

Valem a essa legitimação os direitos humanos, mas não apenas em sua roupagem de direitos fundamentais e tampouco nos entremeios da visão exclusivamente constitucional-interna. Os direitos humanos valem ainda mais a essa legitimação, como ora se desenvolve, pela obviedade de sua dupla residência, nacional e internacional, de sua múltipla valia – interna, externa, ética, etc.

Vale conferir alguns aspectos centrais dessa importante relação entre o Estado e o constitucionalismo e, na ótica deste último, impede investigar como os direitos humanos podem ou não ser inseridos numa ótica de legitimação democrática do poder. No caso, a categoria Estatal é considerada não em análise ontológica, mas essencialmente na sua estreita relação com o constitucionalismo, embora não se ignore a independência havida entre Estado e Constituição.

Um olhar panorâmico sobre a doutrina jurídica numa busca acerca em derredor da teoria do Estado produz resultados frustrantes. Destarte, é compreensível que os juristas só se interessem pela percepção de Estado quando este passou a incorporar a adjetivação “de direito” – Estado de Direito; entretanto, a lacuna traz implícita uma despreocupação irrazoável com a função do direito no âmbito do Estado.

As expressões direito e Estado, a partir do Século XVIII, passaram a uma situação de pressuposição mútua que, por vezes, faz perder de vista a distinção havida entre tais elementos, limitando ainda a reflexão acerca das razões e consequências da adjetivação jurídica do fenômeno estatal. O resultado prático de tal fenômeno segue no sentido de que o estudo do Estado enquanto categoria epistêmica se perfaz em reino quase exclusivo da ciência política; mas é ao direito que cabe conformar essa estrutura do ponto de vista normativo, fixando prospectos de sua realização que sejam viáveis e que mantenham outra categoria não menos importante – a sociedade civil – “sob o jugo” de formas institucionalizadas seguras.

Mas ao que parece a questão está mesmo no quão asséptico é o conceito de Estado, posto sem adjetivos. O Estado seria resultado de uma síntese de suas instituições ou de seus agentes, com ênfase em seu poder coercitivo, na localização territorial específica e no monopólio da criação de suas próprias regras – de validade também territorial. Um destaque final residiria no duplice olhar estatal em suas relações com a sociedade nacional e com as demais sociedades que lhe são externas.¹⁵⁴

Ou, em outras palavras, o conceito de Estado correspondente ao de uma “instituição organizada de forma política, social e jurídica, que ocupa território definido e tem sua lei predominante”, dizendo-se que, geralmente, essa lei está posta numa Constituição”.¹⁵⁵

154 Cf. OUTHWAITE, William & BOTTOMORE (ed.), Tom. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 257.

155 FARIAS NETO, Pedro Sabino. *Ciência Política: enfoque integral avançado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

O conceito de Estado em si, como assentido hoje, nada diz sobre quais formas políticas, jurídicas ou sociais são estas; nada conduz sobre o conteúdo de leis ou mesmo da Constituição que sequer é posta como um componente obrigatório seu. Segundo Cristina Queiroz, “o Estado anterior ao constitucionalismo não carecia de ‘constituição’”¹⁵⁶ – aí se leia constituição no sentido moderno de um documento escrito e organizador do Estado. No entanto, constituição não encerra apenas esse sentido que conjuga formalismo e materialidade.

Notadamente, apenas o recurso à filosofia geral e à filosofia política pode ajudar nas discussões acerca do conteúdo desse importante fenômeno, como em Hegel e sua percepção organicista do Estado como “realização histórica da liberdade”¹⁵⁷. No entanto, mesmo na teoria hegeliana, a forma estatal aparece definida constitucionalmente, afirmando-se que “a Constituição é tal organização do poder do Estado” ou “a Constituição é a justiça existente, como realidade da liberdade no desenvolvimento de todas as suas determinações racionais”.¹⁵⁸

Em Kant, por exemplo, tanto o estado de natureza quanto o estado civil possuem o que ele nomina de “Leis que dizem respeito ao Meu e Teu”, sendo que, no caso do estado civil, são postas as “condições sob as quais as prescrições formais do estado de natureza alcançam a realização conforme a Justiça Distributi-

156 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 12.

157 Cf. BRANDÃO, Gildo Marçal. *Hegel: o Estado como realização histórica da liberdade*. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política. Volume 2*. São Paulo: Ática, 2006, p. 111.

158 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política. Volume 2*. São Paulo: Ática, 2006, p. 124.

va”. O que o autor defende, nisto, é que há regras que vinculam os indivíduos e que são externas mesmo no estado de natureza, pois neste há deveres jurídicos, dentre os quais se destaca a “obrigação primária” de “entrar nas relações de um Estado Civil”, com a devida submissão à lei constitucional.¹⁵⁹

A doutrina kantiana, visivelmente, contempla na formação do Estado um instrumento de promoção da paz, com a domesticação da violência, mas não ignora a existência de outras relações entre os homens para além da mera imposição pela força. Em termos, onde existentes os indivíduos há de existir, ainda que insipiente, regras de vivencia e alguma forma organizacional desta, ainda que não regulada pelo direito. Literalmente:

[...] pois, por mais bem disposto ou favoráveis ao Direito que se possa considerar que os homens sejam por si mesmos, a ideia racional de um estado ainda não regulamentado por direito deve ser tomada como nosso ponto de partida. Essa Ideia implica que antes que um Estado legal possa ser estabelecido publicamente, Homens, Nações e Estados individuais jamais podem estar seguros contra a violência de parte dos outros; e isto é evidente a partir da consideração de que cada um faz, por sua própria Vontade e de maneira natural, aquilo que parece bom e direito aos seus próprios olhos, independente por completo da opinião dos outros. Por isso... a primeira coisa que cabe aos homens é aceitar o Princípio de que é necessário deixar o estado de natureza... e formar uma união de todos aqueles que não podem evitar entrar em comunicação recíproca e, desse modo, submeter-se em comum à restrição externa de Leis compulsórias públicas.¹⁶⁰

Trata-se da formação de uma assim chamada “união civil”, onde cada um tem o “que é seu” definido em lei, assegurada essa lei por um “Poder externo competente” e que difere da pró-

159 KANT, Immanuel. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito* [1796]. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 250/252.

160 KANT, Immanuel. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito* [1796], p. 252.

pria individualidade de quem se insere em tal união. Diferentemente, entretanto, do ideário rousseauiano, a saída desse estado de natureza é não é apenas uma necessidade, mas também uma obrigação dos indivíduos, embora a formação inicial da comunidade estatal também remeta a um “contrato original”¹⁶¹. Um princípio.

De maneira geral, mesmo no estado de natureza indica-se a existência de elementos mínimos de conformação da vivencia social. Transmutada essa vivencia para o pacto estatal próprio, a Constituição surge como instrumento dessa mesma organização e como elemento de afirmação de um conjunto de direitos. Conforme menciona Cristina Queiroz, o processo de constitucionalização ou de construção da ordem constitucional foi historicamente instrumentalizado por uma “codificação” ou constituição escrita, onde o principal foi a “determinação consciente da configuração global do Estado”, assim como a “constitucionalização dos direitos fundamentais”.¹⁶²

Assim, embora Estado e Constituição não sejam sinônimos, sua coexistência e necessária interreferência dão conformidade a uma realidade que só se restringe à modernidade se pensada a partir da codificação ou constitucionalização escrita. Aliás, ao que bem se vê e conforme demonstrado doravante, é a Constituição que impõe um conteúdo específico a uma estrutura que, a rigor, tem uma existência asséptica.

161 KANT, Immanuel. *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito* [1796], p. 253.

162 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, p. 14.

Segundo registra Jorge Miranda¹⁶³, todo e qualquer Estado, seja qual for o seu momento histórico, “requer ou envolve institucionalização jurídica do poder”, encontrando-se nele “normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento”. No entanto, apenas a partir do Século XVIII é que a Constituição surge como um conjunto de regras reguladora da organização do Estado e das relações entre governantes e governados. A constituição institucional, que se liga à institucionalização do poder, difere em muito da Constituição que surge por força do Constitucionalismo, que surge no referido século. ¹⁶⁴

Essa constituição em sentido institucional corresponde a leis fundamentais que “não regulavam senão muito esparsamente a actividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas”. ¹⁶⁵

Destarte, a complexa questão que envolve o Estado Democrático de Direito é tratado por Marcelo Neves sob a ótica das relações estabelecidas entre direito a política. Para o autor importa identificar em que momento houve uma diferenciação funcional

163 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7/8. A respeito, segundo Canotilho, as diversas visões que os cidadãos do mundo possuem acerca do constitucionalismo e própria conformação histórica variante de tal movimento justificam ainda na atualidade a necessidade de um conceito histórico de constituição, especialmente próprio para momentos temporais em que não vigoravam as categorias jurídico-políticas da modernidade. Para ele, constituição em sentido histórico seria “o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 53 e ss).

164 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 15/16.

165 Segundo Jorge Miranda, “em qualquer Estado, em qualquer época e lugar encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitante à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 15).

entre esses dois sistemas principais - direito e política - no seio da sociedade. A relação necessária ao Estado Democrático de direito seria aquela decorrente de um intercâmbio e de um aprendizado constantes entre dois sistemas autônomos, com códigos de referência próprios, conforme analisado em item próprio deste trabalho - adiante. Tal situação é tida por incompatível com o conceito histórico-universal de Constituição, que geralmente “apresenta-se no plano empírico para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas”.¹⁶⁶

Segundo Neves, conceitos histórico-universais encontram-se na concepção material e na concepção culturalista de constituição, não servindo à “análise e compreensão da Constituição do constitucionalismo. Esta última suporia uma diferenciação entre sistemas político e jurídico e, consequentemente, a autonomia operacional do direito em face da política”, tendo-se como marco histórico desse surgimento o constitucionalismo moderno. Em tal contexto, a sociedade evolui de um sistema hierárquico de definição espacial para um sistema de diferenciação funcional de sorte que “a ideia de um poder político supremo acima do direito, que orientava a noção absolutista de soberania, perde o seu significado em face da pressão decorrente dos movimentos pela diferenciação do direito em relação à política”.¹⁶⁷

166 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56.

167 Mas essa evolução não se dá senão de forma heterogênea é conforme o autor possui a estreita relação com o surgimento da Constituição em sua acepção moderna enquanto mecanismo de diferenciação entre direito e política dentro do Estado, diferenciação esta que, nada obstante, apresenta inúmeros pressupostos sociais. Literalmente: “Sem a diferenciação funcional das diversas esferas sociais e sem a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa, não se podem conceber os direitos

Por sua vez, Lassale¹⁶⁸ insiste que a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”, declinando no decorrer de sua análise os responsáveis pela produção de tais fatores, desde a monarquia até a pequena burguesia e a classe operária, os quais, cada um e em medidas diferenciadas, teriam e desenvolveriam papéis preponderantes para a estruturação social e política da nação. Em seu texto resente-se o autor de que muitos falam desse importante fenômeno que é a Constituição, mas que poucos podem dizer de forma satisfatória o que realmente ele é, ao que acresce que os juristas costumam defini-lo de forma a promover uma mera descrição exterior de sua conformação.

À normatização em escrito de tais fatores Lassale¹⁶⁹ denomina “folha de papel”, indicando com muita ênfase que é uma pretensão atribuir-se aos modernos à criação das constituições, as quais diz ele terem sido e serem possuídas por todos os países, sempre. Dessa compreensão compactua

fundamentais como resposta do sistema jurídico a esses processos sociais de diferenciação. Da mesma maneira, sem autonomia da política em relação aos calores particulares de grupos familiares, étnicos e religiosos e a democracia como apoio generalizado que possibilita o fechamento operativo do sistema político. Ao mesmo tempo que possibilita a diferenciação entre política e direito, a Constituição atua como acoplamento estrutural entre dois sistemas funcionais da sociedade moderna”. (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, p. 56).

168 Segundo Lassale, “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social; eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2 ed. Campinas: Minelli, 2005, p. 35).

169 “Da mesma forma, e pela mesma lei da necessidade que todo corpo tem uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam”. (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*, p. 49).

Ferreira¹⁷⁰, para quem não há quem possa “duvidar desta atuação visível desse mundo real do poder, determinando a forma e a configuração jurídica da Constituição”.

Factualmente, o que expressa Lassale, em sua teoria nitidamente material e de viés político, é que a Constituição, em seu sentido substancial, relacionado às forças que determinam a formação orgânica de um país, não pode ser uma criação senão da realidade, da própria realidade estatal. Não se pode falar de um desacerto de tal compreensão, se considerada ela no estrito sentido substancial e genérico que a informa, mormente se garantida sua correta localização histórica. Certamente essa constituição da qual se fala em tal contexto

Mas a constituição, tal e qual a conhecemos a partir da modernidade e em tempos hodiernos, possui não apenas forma e conteúdo diversos, como também serve a ideais não consideradas no âmbito das reflexões orgânicas lassalianas. Estas reflexões são próprias às constituições institucionais referidas por Jorge Miranda, denotando a especial relação política havida entre o Estado e a constituição, desde suas formas preliminares ou insipientes, existentes em modelos de indiferenciação jurídico-política estatal, com empréstimo da terminologia empregada por Neves.

Certamente, a visão que melhor se compraz com o fenômeno constitucional propriamente dito remonta às ideias de Konrad Hesse, em perspectiva explorada em item posterior.

A propósito, Jorge Miranda define o direito constitucional como “parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto

170 FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 09.

comunidade e enquanto poder”.¹⁷¹ Ainda em Miranda, também há séria ênfase no Estado de Direito, no sentido de, como os indivíduos, “o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo o direito que criam)”.¹⁷²

Obviamente, essa relação é mutante ao longo da história, sendo o Estado criado como um fenômeno mínimo, centrado na limitação do poder. Mas para o momento, vale a ênfase na relação jurídico-política, que permeia toda essa realidade em suas várias manifestações. Tal posição é recorrente na tratativa de autores que têm como pressuposto expresso o nítido caráter político do fenômeno constitucional, como sucede não apenas com Jorge Miranda, mas também com J. J. Gomes Canotilho, Paulo Bonavides e Marcelo Neves, com o diferencial da ênfase procedimental procedida por Neves, contraposta à ênfase valorativa dos demais.

É o caso também de Artur Cortez Bonifácio¹⁷³, que destaca com particular ênfase o papel que o constitucionalismo exerce na complexa acepção jurídica e também política que permeia as constituições. Segundo Cortez, a constituição é um

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I.

¹⁷² “Se pode ter-se por exagerada a posição dos autores que assimilam o fenómeno estadual ao fenómeno normativo, pelo menos é claro que o Estado não pode ser compreendido sem o Direito – que transforma os homens em cidadãos, que estabelece as condições de acesso aos cargos públicos, que confere segurança às relações entre os cidadãos e entre ele e o poder. Para lá dos elementos histórico, geográfico, económico, político, moral e afectivo, encontra-se sempre um elemento jurídico traduzido na criação de direitos e deveres, de faculdades e vinculações. Os governantes têm de ter o direito de mandar e os governados o dever de obedecer. Não bastam a força ou a conveniência: não há uma ideia de Poder sem a ideia de Direito e a autoridade dos governantes em concreto tem de ser uma autoridade constituída – constituída por um conjunto de normas fundamentais, pela Constituição, como quer que esta se apresente”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, p. 12).

¹⁷³ O *Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 26.

documento de superioridade material e formal que legitima as ações do Estado, inculcando neste um conteúdo jurídico-valorativo. Literalmente:

A legitimidade do poder elaborador da Constituição e os antecedentes históricos de participação popular e envolvimento de segmentos da sociedade, cujo produto é o texto constitucional, conduzirão ao necessário estado de dignidade constitucional e ao reconhecimento de um documento formal e materialmente superior na vida estatal. Assim concebida, a Constituição e os valores e princípios por ela adotados legitimarão as ações do Estado no exercício de quaisquer de suas funções.

Em verdade, tal compreensão traz de forma bem precisa a função legitimante e substancial exercida pela constituição em face do Estado, convolvando-o em Estado Constitucional ou Estado de Direito. A natureza desse Estado e sua extensão para além do direito concebido pela positivação é que se constitui, como se verá adiante, uma das discussões que o constitucionalismo, nascido sob face liberal, apenas instaurou. Seja como for, a partir daí a história da evolução do Estado é definida a partir dos processos de extensão e/ou retração dos direitos humanos e do constitucionalismo, ou seja, a partir da compreensão das várias facetas do Estado de Direito e dos instrumentos que o definem enquanto mecanismos de ordenação, limitação e legitimação do poder.

Isto definido, cabe dar continuidade à abordagem evolutiva do tema, desde já se ressaltando que essa evolução não é um fenômeno estanque, nem generalizado, sendo que constitucionalismo desenvolveu-se e desenvolve-se em cada país conforme condicionantes próprios e não predeterminados a uma evolução constante. A sistematização aqui assumida não implica assumir a postura do determinismo histórico ou do evolutivismo de mesmo

norte: nem sempre o Estado é construído de forma a incorporar as formas triviais e mais comuns de realização do constitucionalismo, o que não se pode ignorar.

O constitucionalismo e os prospectos que este lança sobre o Estado, os direitos humanos e a sociedade civil conhecem, por vezes, involuções e/ou evoluções erráticas: que o digam a brasilidade de nossas tantas constituições e da realidade que a permeia.

3.2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E LIBERAL DO POSITIVISMO JURÍDICO

Se tomadas como ponto de partida as complexas relações entre direito e política, o Estado democrático de direito remete à constituição em acepção moderna, cujo conceito “relaciona-se originariamente com o constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII”. Segundo Neves, no contexto histórico supra, a semântica constitucionalista sofreu modificações estruturais de sorte tal que acabou “servindo como ‘ideologia’ revolucionária para o surgimento das Constituições como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico”.¹⁷⁴

Essa diferenciação, conforme especificado em item próprio, é entendido como norte central e condição sine qua non do Estado Democrático de Direito contemporâneo, não se querendo dizer com isto que tal forma estatal, em sua idealidade, resta con-

174 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56 e ss.

solidada. Pelo contrário, especialmente no Brasil e na América Latina Neves emprega seu modelo teórico para fundamentar sua afirmação de que em tais localidades essa forma estatal ainda não restou concretizada. Nada obstante, tanto sua análise ideal quanto a abordagem histórico-evolutiva – sem as pretensões do determinismo histórico – são essenciais para a compreensão da legitimidade no exercício do poder estatal, no caso do poder estatal jurisdicional, que centraliza este trabalho.

Historicamente, o constitucionalismo, enquanto fenômeno inclusive global, surge a partir das constituições do século XVIII, no trânsito da indiferenciação político-jurídica do Estado para a codificação constitucional que normatiza a organização estatal e confere aos direitos humanos a condição de direitos fundamentais, empregando-se a distinção terminológica já explicada no capítulo inicial deste trabalho.

Segundo Jorge Miranda, se as constituições materiais institucionais “serviam apenas para sossegar espíritos inquietos perante as revoluções liberais e para criticar os excessos do absolutismo”¹⁷⁵, por sua vagueza e imprecisão quanto à regulamentação do poder, tal sistemática sofre uma verdadeira reviravolta com o constitucionalismo, que procede a uma verdadeira ruptura histórica. Nisto, a Constituição material...

[...] abrange aquilo que sempre tinha cabido na Constituição em sentido institucional”, mas “vai muito para além disso: é o conjunto de regras que prescrevem a estrutura do Estado e a da sociedade perante o Estado, cingindo o poder político a normas tão precisas e minuciosas como aquelas que versam sobre quaisquer outras instituições ou entidades [...]

175 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 16.

Trata-se aqui de um constitucionalismo que “não pode ser compreendido senão integrado com as grande correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX”, um constitucionalismo que “traduz exatamente certa ideia de direito, a ideia de direito liberal”. Vigê aí circunstância onde “o Estado só é Estado Constitucional”, este especialmente destinado aos fins liberais de defesa a propriedade, da liberdade e da segurança, congregando especialmente a defesa dos indivíduos em face do soberano, assim como a limitação do poder a partir de sua dispersão por vários órgãos e a regulamentação de sua distribuição por meio do instrumento constitucional.¹⁷⁶

Já para Canotilho, o mais correto é se falar em vários constitucionalismos – inglês, americano, francês etc. -, ou, melhor, em vários movimentos constitucionais “com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural”. Nesse sentido o constitucionalismo seria a teoria ou ideologia que remete a uma técnica específica de limitação do poder com a finalidade de garantir direitos, transportando um juízo de valor e tratando-se, na realidade, de uma teoria normativa da política.¹⁷⁷

Em Canotilho, os temas principais do constitucionalismo são a legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades, vistos sob a ótica três modelos teóri-

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 17.

¹⁷⁷ O constitucionalismo moderno possibilitou o aparecimento da constituição moderna, a qual possui características centrais que conformam um conceito de Constituição tido por ocidental, mas que é, para o autor, apenas um modelo ideal, sequer correspondente a quaisquer das variantes históricas do constitucionalismo. Tais elementos característicos são os seguintes: ordenação jurídico-política posta em documento escrito; declaração em tal documento dos direitos fundamentais e suas respectivas garantias; organização esquemática do poder de sorte a transmutá-lo em poder limitado e moderado. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51).

cos distintos. O primeiro deles é o modelo historicista, que corresponde ao constitucionalismo inglês, cujas dimensões histórico-constitucionais centrais são a garantia de direitos adquiridos centrada no binômio liberdade-propriedade, a estruturação estamentária de direitos e a regulamentação desses direitos por “contratos de domínio”, a exemplo da Magna Charta.¹⁷⁸

Já o modelo constitucional individualista corresponderia ao constitucionalismo revolucionário continental, tendo como paradigma o constitucionalismo francês, cujos elementos centrais remetem à limitação constitucional do poder e ao poder constituinte originário, cunhado para conferir legitimidade às escolhas constitucionais originárias.¹⁷⁹ Por fim, tem-

178 Quanto aos elementos desse modelo jurídico-constitucional assimilados pelo modelo “ocidental” de constituição, ter-se-ia o estabelecimento da liberdade na subjetiva abordagem da liberdade pessoal dos ingleses e na segurança da pessoa e dos bens que integram seu patrimônio, a garantia dessa liberdade e dessa segurança pelo *due process of Law*, a interpretação e aplicação das leis pelos juízes, que vão formulando o *common law* inglês, e o desenvolvimento e aplicação das ideias de representação e soberania parlamentar, gestando um governo moderado. Tal modelo baseava-se numa espécie de “soberania colegial”, mas vinculada ao medievo, embora sob o balanceamento de forças políticas permitisse falar já em representação e soberania parlamentar, como posto acima. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 53).

179 Esse constitucionalismo é referenciado por categorias novas em relação ao constitucionalismo inglês, sendo a criação de noções tais quais as de Estado, nação, poder constituinte, soberania nacional e constituição escrita creditada às revoluções do século XVIII. No caso, o modelo inglês não rompeu com o sistema estamentário do medievo, já a Revolução Francesa reclamava o estabelecimento de uma nova ordem fundada nos direitos naturais dos indivíduos, onde reside a essência do pensamento individualista, direitos estes que eram individuais e não pertencentes a esta ou àquela categoria. Nesse ponto, tais direitos também extrapolavam a mera defesa do binômio liberdade-propriedade, tendo-se por norte diferencial a ruptura com o antigo regime de poder, ao passo que o sistema inglês adéqua-se mais a um modelo de adaptação político-social. Ponto central do movimento revolucionário francês – e que foi obscurecido pela manutenção do *status* político-social inglês – referiu a forma de legitimação do poder e o *modus operandi* pelos quais os homens livres gestariam sua lei fundamental, esta voltada à uma formação contratual (contrato social) e, portanto, artificial, da nova ordem política. Em tal ponto, diante da defesa dos direitos individuais e da ordem contratual política, surge a terceira central característica do constitucionalismo revolucionário-individualista: o construtivismo constitucional, que equivale a necessidade de documento escrito para traçar o plano político comum supra referido. E, conforme Canotilho, quando se indaga de quem teria condições e legitimidade para produzir esse documento, é que o constitucionalismo francês opera na criação da categoria poder constituinte, “uma das categorias mais “modernas” do constitucionalismo” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 56 e ss).

-se o modelo estadualista ou, nas palavras do autor, a técnica americana da liberdade, que também reclama a formulação de uma lei básica para afirmação e defesa de direitos, com preocupação principal a de formular mecanismos de defesa contra os excessos do próprio legislador, o que conduz a uma preocupação de defesa em face das próprias maiorias democráticas.¹⁸⁰

A herança central legada pelo constitucionalismo americano à atualidade remete à ideia de constituição como lei superior, nulificadora de qualquer lei inferior com ela contraste. Aqui, essa posição do documento constitucional, ao contrário dos constitucionalismos inglês e francês, transportam o poder judiciário à condição de defensor dessa lei maior, essencial exercente da atribuição de fiscalizador da constitucionalidade. No caso, “os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os ‘juízes’ entre o povo e o legislador”.¹⁸¹

Esse é um legado de suma importância, assimilado pelo molde estatal democrático da atualidade e, uma vez corretamente empregado, é sinônimo de legitimidade no exercício do poder estatal, inclusive o de natureza jurisdicional.

180 Em tal modelo, o povo americano buscaria libertação e proteção em face do próprio legislador parlamentar soberano, o que seria alcançado pela defesa de novos direitos (em relação ao antigo regime inglês) e pela formulação de uma lei fundamental superior às próprias leis de tal legislador comum. Surge então, a democracia dualista, com decisões raras, do povo, típicas dos momentos constitucionais e mediante exercício do poder constituinte, numa clara aproximação do constitucionalismo francês, mas com distinções, aliadas a decisões frequentes, do governo. Para o autor, a distinção central entre esse constitucionalismo americano e o inglês é que ele remete não a uma posição contratualista quanto à defesa dos direitos que alberga, mas sim a uma posição defensiva de uma lei fundamental com direitos cuja pertinência racional e veracidade os coloca em situação de se sobrepor inclusive às maiorias. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 59).

181 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 60.

Um emprego enviesado ou distorcido dessa relação, por outro lado, pode sim provocar a involução dos próprios valores e preceitos libertários que estão na base do constitucionalismo.

É que, como já dito, a relação Estado-constitucionalismo-direitos humanos-sociedade faz com que tais fenômenos comuniquem de instrumentos e ideologias-base que lhes servem de referência, tais qual o liberalismo e o positivismo. O constitucionalismo, destarte, que conforma o Direito Constitucional, dando-lhe origem, surge do triunfo de uma forma específica de Estado, o Estado moderno, o qual, a partir das revoluções oitocentistas supra referidas, dão forma ao Estado liberal.

O Estado moderno é liberal, de direito ou constitucional, baseando-se essencialmente na limitação do poder por meio da partição deste e da imposição de direitos. Para os direitos humanos, conforme já amplamente relatado, o liberalismo inaugura a fase dos direitos de liberdade, nascidos sob a determinação do capitalismo burguês. Compreender essa origem é importante para a análise do potencial libertário dos direitos humanos e do próprio constitucionalismo que lhe dá suporte, assim como de qualquer outro instrumento estatal e supraestatal de idêntica finalidade.

No constitucionalismo liberal, o poder passa a ter como “órbita” de movimentação a constituição, que por sua vez é percebida como “uma técnica de organização do poder aparentemente neutra”. Assim, embebida dos valores políticos, ideológicos, doutrinários e filosóficos liberais, a constituição assumiu a condição de “expediente teórico e abstrato de universalização”, responsável pela difusão e consolidação do fenômeno liberal que lhe subjazia. Tal instrumento assim universalizante de determinante vontade domi-

nante, projetando-a como vontade geral, de todo e qualquer cidadão, erige-se como instrumento ímpar de legitimação do poder.¹⁸²

A questão central residente nessa discussão é que o presente trabalho defende segue no sentido de que é possível aos direitos humanos uma afirmação que não conduza consigo as falhas, ideologias e limitações do liberalismo e do positivismo neutral e individualista exclusivo. Como já reiterado nos capítulos precedentes e desenvolvido também adiante, busca-se uma visão humanista que não seja cativa da percepção do direito enquanto instrumento de dominação burguesa. Busca-se uma percepção que empregue os mecanismos de superioridade da ordem jurídica constitucional, inclusive em sua abertura internacional, como instrumento de realização dos direitos humanos em suas várias acepções evolutivas, evitando seu emprego exclusivamente retórico.

Daí porque se enfatiza o papel legitimante dos direitos humanos, concordando-se com Bonavides, quando centraliza a tutela desses direitos por meio da constituição como herança mais feliz do liberalismo. Na verdade, o referido autor centra-se na Constituição enquanto instrumento protetivo e na separação histórica que o Estado Social – visto adiante – pode fazer entre

182 Literalmente: “O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a sua Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal”. E completa o autor: “Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão-somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes. Assim perdeu até que a crise social do século XX escrevesse as novas Declarações de Direitos, invalidando o substrato material individualista daquelas Constituições, já de todo ultrapassado”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 36/37).

o papel jurídico-constitucional de proteção de direitos e a ideologia liberal que faz como que surgisse o constitucionalismo moderno.¹⁸³

Para fins desse trabalho, o destaque é para o caráter legitimante dos direitos humanos e para o reconhecimento de sua especial centralidade, inclusive seu potencial libertário mesmo em face das ideologias que lhes deram forma na modernidade. Quanto à constituição importa mais uma vez especificar que sua abertura e integração aos direitos humanos permite encontrar um ponto de diálogo e legitimação a partir das ordens internacionais, que, em que pesem suas falhas e lacunas de sedimentação, apresentam-se como realidade inevitável.

O tema voltará a ser tratado no âmbito do constitucionalismo das democracias contemporâneas. Mas vale verificar a função legitimante dos direitos humanos desde sua versão constitucional moderna, enfatizando-se, como feito na análise histórica de tais direitos, inclusive as falhas havidas no seu emprego, no seu uso indevido a serviço de uma ideologia de mercancia e dominação.

O que não se pode esquecer é que a limitação de poder não deixa de ser uma necessidade, seja qual for o mote estatal e constitucional em análise. E o constitucionalismo continua a

183 "A noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece, no entanto, constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal. Em outras palavras: o princípio das Constituições sobreviveu no momento em que foi possível discernir e separar na Constituição o elemento material de conteúdo (o núcleo da ideologia liberal) do elemento formal das garantias (o núcleo de um Estado de direito). Este, sim, pertence à razão universal, traz a perenidade a que aspiram as liberdades humanas. O neoliberalismo do século XX o preserva nas Constituições Democráticas do nosso tempo, porquanto, se não o acolhesse, jamais poderia com elas exprimir a fórmula eficaz de um Estado de direito" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 37).

oferecer os instrumentos dessa limitação, que é condição sine qua non da legitimidade desse poder.

Em termos, no centro da busca de limitação de poder está também a necessidade de sua legitimação, sendo ela normalmente vertida ao intento democrático de sua fundamentação a partir da autodeterminação popular. Nisto, a Constituição é vista como “ato pelo qual o povo se obriga e obriga seus representantes, o acto mais elevado do exercício da soberania (nacional ou popular, consoante a concepção que se perfilhe)”.¹⁸⁴

E, centralizando a questão no constitucionalismo moderno e no que ele legou à atualidade, foi a partir do Século XVIII que a Constituição surge como um “conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto de governantes e de governados”, residindo sua inovação. A Constituição tal como erguida pelas revoluções oitocentistas se consolida não apenas pelo objeto e pela função, mas especialmente por sua força jurídica e por uma forma própria, a qual varia de acordo com a força jurídica da Constituição e com os tipos constitucionais e seus respectivos regimes jurídicos.¹⁸⁵

184 Daí também a formulação da concepção de um poder constituinte superior aos poderes constituídos e responsável pela elaboração do texto constitucional, por delegação direta popular. Nesse ponto, diz Jorge Miranda que essa acepção material, se “*levada às últimas consequências (...) equivaleria a considerar a constituição não apenas como limite, mas também como fundamento do poder público, e não apenas como fundamento do poder mas também como fundamento da ordem jurídica*”. Mas adverte que a noção de Constituição como fonte originária do ordenamento estatal não se desenvolveu de maneira uniforme, tendo sido, por exemplo, desenvolvida logo na Constituição de 1787 pelos Estados Unidos porque foi ela ato que fundou a própria União. De toda sorte, o que conclui o doutrinador neste ponto em particular, é que “*onde está o fenômeno político, aí está o fenômeno constitucional. Logo, se o político (...) se alarga, o fenômeno constitucional alarga-se forçosamente*”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 18/21).

185 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 7/8.

Teoricamente, como já posto, trata-se de uma vertente do constitucionalismo onde a posição hierárquica da constituição no ápice da estruturação normativa do Estado conhece sua formulação teórica mais consonante, servindo às propostas revolucionárias do Século XVIII. As assim chamadas revoluções da liberdade cunharam o movimento constitucional em sua forma original e lhe emprestaram a conformação liberal que melhor condisse com os interesses burgueses dominantes economicamente.

Concomitantemente, os avanços da ciência positivista sobre as mais variadas formas do conhecimento humano cunharam um cientificismo que seria transportado para o direito sob a forma do purismo kelseniano, neutral e asséptico em essência; mas, ao contrário do que tantos afirmam, não ignorante dos aspectos valorativos e éticos que circundam a atividade jurídica, em especial aquela incrustrada nas escolhas procedidas pelos seus magistrados.

A tríade Estado constitucional de direito, liberalismo e positivismo é indissociável da questão posta, especialmente já dito antes que particularmente as forças liberalistas de apelo econômico asfixiante cunharam, à época da instauração do constitucionalismo, uma democracia insipiente, escrava de interesses específicos, embora rica em uma abordagem teórica que em muito contribuiria para o tom uníssono que o tema assume atualmente.

Quanto às constituições e ao Estado, assim como já procedido no tocante aos direitos humanos em sua historicidade, não se pode negar a feição liberal que aporta na gênese do constitucionalismo. Mas é exatamente esse reconhecimento que denota o potencial legitimante e libertador dos direitos humanos quando a

crise do Estado Liberal se instala e as exigências internacionalizadas de tais pautas jurídico-dignitárias encabeçam a construção do Estado Social, conforme abordado em sequência.

A nosso sentir, ao invés de militar em desfavor de tais direitos, a feição liberal que está encartada nos principais instrumentos estatais e constitucionais da história humana permitem vislumbrar a conformação democrática e revolucionária de tais direitos, sendo isto importante para se afastar eventuais usos de seu aparato construtivo enquanto meros instrumentos retóricos de legitimação para discursos dominantes e incondizentes com o conteúdo material da democracia.

No entanto, como é cediço, os modelos subsequentes de Estado, constitucionalismo e direitos humanos são mais felizes em tal busca.

3.3 O CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO DO ESTADO SOCIAL EM GÊNESE NA REALIDADE LATINO-AMERICANA E BRASILEIRA

Não se pode negar que foi a busca da salvação do modelo liberal de Estado Constitucional que provocou o surgimento do constitucionalismo fincado nas constituições sociais, de cunho marcadamente programático, fixadoras dos direitos sociais e econômicos. O emprego desses direitos como forma de se estruturar a legitimação e a manutenção da ideologia capitalista subjacente ao Estado é exemplificado na Constituição de Weimar 1919 e na Constituição belga de 1938.

Para Jorge Miranda, “no século XX, a Constituição sem deixar de regular tão exaustivamente como no século XIX a vida política, ao mesmo tempo que se universaliza, perde a referência necessária ao conteúdo liberal”, e “nela parecem caber quaisquer conteúdos”.¹⁸⁶ Essa ordinarização do objeto constitucional poderá ser vislumbrada de novo na discussão que J. J. Gomes Canotilho conduz acerca de sua teoria da constituição dirigente.

Para o momento, vale que se compreenda o que o autor chama de “perda de referência ao conteúdo liberal” em termos. É que, a nosso sentir, o liberalismo ainda impera através da longa manus de imposições econômicas nacionais e globais, o que faz com que permaneçam incumpridas até hoje as promessas constitucionais do Estado Social, principalmente na América Latina e, particularmente, no Brasil.

Em assim sendo, não se nos parece razoável – ao menos por esses lados – falar-se em desconstrução do modelo liberal, exceto se considerar-se que a afirmação remete à inserção de inúmeros outros direitos no rol dos assim chamados direitos fundamentais, o que auxiliou no alargamento de matérias constitucionais. Isso criou as constituições programáticas, mas não extirpou os modelos liberais.

Já se disse que as revoluções havidas quanto ao Estado Social tem inspiração nas mesmas ideias e crenças advindas das revoluções do século XVIII, especialmente da Revolução Francesa. Quanto a isto, no entanto, discorda Bonavides que tenha a Revolução Francesa servido apenas aos fins da classe dominante à época. Para o autor, as revoluções oitocentistas também tiveram

¹⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 7/8.

certa conotação que as aliou ao direito natural e lançaram o povo à condição de “titular da nova legitimidade”, estabelecendo, com as constituições e os códigos da sociedade civil, todas as premissas das revoluções subseqüentes.¹⁸⁷

Na doutrina bonavidiana, o Estado Social é uma formação não totalitária nem extremista que exsurgiu de uma evolução lenta, resultando de adequação social e política. Na verdade, Bonavides, a exemplo de vários outros autores brasileiros e latino-americanos, vislumbra o Estado Social como uma forma estatal que sofreu e sofre adaptações, mas que não pode ser extirpado da realidade democrática contemporânea, sob pena de se promover a vitória do neoliberalismo de mercancia sócio-asfixiante.

Em tal teorização, primeiramente surgiu o Estado Social da igualdade, com sacrifício mínimo da liberdade, utilizando-se de instrumentos intervencionistas e reguladores da economia e da sociedade, isto por solver crises sob algum dirigismo e tutela, mas mantendo a economia de mercado e com sistema político pluralista e aberto. Depois, o modelo evoluiu para o Estado Social dos Direitos Fundamentais...

“permeado de liberalismo, ou de vastas esperanças liberais, renovando, de certo modo, a imagem do primeiro Estado de Direito do século XIX. Em rigor, promete e intenta ele estabelecer os pressupostos indispensáveis ao advento dos direitos de terceira geração, a saber, os da fraternidade”.¹⁸⁸

Em todo o caso, o modelo ideal de Estado Social residiria numa terceira e última vertente, que remete ao constitucionalismo

187 Seguiu-se ao Estado Liberal fruto dessas primeiras revoluções, o Estado Socialista, oriundo das ideias socialistas e marxistas, que se converteu em “ditadura do proletariado”, não cumprindo as profecias transformadoras que anunciou. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 149/150).

188 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 151.

democrático da segunda metade do século XX, tido como “o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais”.¹⁸⁹ Diz-se que Estado Liberal despolitizou o Estado ao impor a coincidência entre legalidade e legitimidade. Seu desaparecimento se dera com a sua transmutação em Estado Social, o qual teria repolitizado o fenômeno estatal ao reabilitar a distinção entre legalidade e legitimidade através da constitucionalidade e da busca pela concretização desta.¹⁹⁰

Essa despolitização é fácil de identificar-se a partir das imposições do positivismo jurídico-estatal. Que o fenômeno político foi reintroduzido no Estado a partir da reabilitação do conceito de legitimidade centrado na realização dos valores e direitos socioeconômicos e dos demais elementos ligados ao intervencionismo estatal é possível afirmar. Como já dito, entretanto, não se nos parece que isto tenha sido suficiente para sedimentar o Estado Social e para desconstruir o Estado Liberal.

Se o liberalismo se transformou diante das exigências do socialismo, do marxismo e das tragédias oriundas de duas guerras, também é certo que o Estado Social não é um fenômeno consolidado na América Latina e no Brasil, onde os poderes político e econômico ainda suplantam a busca de sua

189 “Estado liberal, Estado socialista, Estado social com primazia dos meios intervencionistas do Estado e, finalmente, Estado social com hegemonia da Sociedade e máxima abstenção possível do Estado – eis o largo painel ou trajetória de institucionalização do poder em sucessivos quadros e modelos de vivência histórica comprovada ou em curso, segundo escala indubitavelmente qualitativa no que toca ao exercício real da liberdade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.152.

190 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.156/157.

efetivação. Mesmo na Europa da atualidade, para a qual tais noções foram cunhadas, conhece-se hodiernamente um certo recrudescimento de tal Estado, a testificar a incoerência do determinismo histórico-evolucionista e o desenvolvimento errático das democracias estatais, especialmente as sociais, que litigam perenemente contra as forças econômicas capitalistas de vertente liberal, neoliberal e congêneres.

Já dito das aporias às quais remetem os direitos humanos, pelas mesmas razões se diz das aporias do constitucionalismo e do Estado sociais. Considerando a historicidade, a diversidade e o conteúdo fortemente cultural incrustados em tais manifestações, é pouco provável que haja uma solução definitiva e perene para esses paradoxos. Seria mais correto dizer que a luta contra as forças liberais, neoliberais e congêneres, capitaneadas sob a legitimação dos direitos humanos, e inseridas nos fins do Estado e do constitucionalismo sociais e contemporâneos, é uma luta constante, perene por necessidade.

Teoricamente, o reconhecimento e a sedimentação nacional e internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de sua proteção e implementação possibilita falar em evolução democrática em tais países, mas não em Estado Social sedimentado – e menos ainda no necessário diálogo deste com a democracia. Ou seja, em tais localidades ainda não se tem um efetivo Estado Democrático de Direito.

E, por falar em democracia, na obra de Paulo Bonavides, a democracia participativa se perfaz em um verdadeiro mecanismo de defesa Estado Social de Direito, sendo entendida essa modalidade democrática como uma teoria material da

constituição. Nisto, há uma forte ligação ente a atividade da Justiça Constitucional e o exercício ativo da cidadania popular com exercício direto e último da soberania do povo. Tal modelo, que reúne participação e justiça constitucional, segundo o autor “há de ser o mais democrático, o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia emancipatória do futuro nos países periféricos”.¹⁹¹

Adjetivando ou não a democracia em sua teorização material – dizendo-a participativa ou de outro molde, importa em muito considerar a teorização bonavidiana que transcende a noção abstrata, obscura e irreal de povo, também ultrapassando os lindes de clássica separação de poderes.

A questão é que, de fato, no período em apreço – a partir da metade do século XIX e século XX – se desenha um crescimento exponencial dos direitos políticos e sociais, dando origem ao assim chamado Estado Social, conforme já declinado na contextualização histórica dos direitos humanos.

Em tal contexto, a regulação jurídico-política procedida pelo Estado vem oferecer respostas às exigências populares de tais

191 Vê-se claramente que a defesa textual feita por Bonavides não é de um modelo com validade global: volta-se à realidade dos assim chamados “países periféricos”, especialmente da América Latina, onde o Estado Social sequer chegou a consolidar-se, sendo vítima de governos ditatoriais, e já sofre os gravosos impactos e retrocessos do neoliberalismo. O ataque à conjuntura globalizante levada a cabo pelo neoliberalismo é o centro da abordagem democrático-participativa em questão, ao lado das duras críticas direcionadas ao modelo representativo político. Para o autor, aliás, os vícios eleitorais, a propaganda ilegítima, a manipulação da consciência pública pelos elementos dominantes da sociedade corrompem a democracia e a representatividade, relegando o povo à condição de objeto e não sujeito de sua própria soberania. O debate acerca de quem é o povo, nesse contexto, é de suma importância para que se organize a resistência aos “usufrutuários da globalização” e aos “cafres nacionais da reconcolização”, dentre os quais são apontados os juristas neoliberais – com sua “ideologia de falsa neutralidade”. Acusados são tais juristas de “legitimar uma globalização injusta que está sendo imposta de forma desfigurada e degenerativa aos povos do Terceiro Mundo”, convolvando o povo dessa “pseudodemocracia” em mera “caricatura de um ícone”, antes suporte revolucionário da libertação, hoje é “instrumento da fraude tirânica e ditatorial”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 25/26).

direitos, ao mesmo tempo em que dá forma ou “delimita a participação e os conflitos de interesses nos processos sócio-políticos, gestando a institucionalidade democrática inscrita no modelo do Welfare State” .¹⁹²

Mas a criação desse modelo estatal é apenas o ponto de partida para as discussões que centralizam a democracia na contemporaneidade. Isto porque, além de ter sofrido o Estado Social inúmeras reformulações, atualmente fala-se na gestação do assim chamado neoconstitucionalismo, que mais uma vez o revisita e, por vezes, até apregoa sua extinção, como na análise procedida por Canotilho, adiante cotejada.

Infelizmente, a temática e as necessidades do Estado Social – mesmo aquele ainda não realizado – encontram-se fortemente abaladas pela “constatação da crise do Estado welfariano e da dinâmica da sua institucionalidade político-democrática”. A ênfase é posta na relação entre o Estado e a democracia. E a crise destes, por sua vez, possui duas implicações centrais: o reforço da estrutura de regulação econômica, de ênfase claramente neoliberal, de um lado, e a “(re)descoberta do mercado como instância central da regulação da vida social”, equivalente à “(re)descoberta da sociedade civil como esfera de vitalização de relações sociais democráticas”.¹⁹³

Na relação do Estado com sua formação democrática, as três “saídas” indicadas por Duriguetto para essa crise implicam um primeiro “modelo elitista” ou neoliberal; um segundo modelo de democracia “participativa” desenvolvida sob a ótica da noção

¹⁹² DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 73.

¹⁹³ Ver: DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 74/75.

de “esfera pública” enquanto nova percepção para a sociedade civil; assim como um terceiro modelo – dito intermediário – residente na perspectiva de uma assim chamada “concepção pluralista de democracia”.¹⁹⁴

Já se falou anteriormente acerca da democracia participativa e de sua consideração – ou não – enquanto novo modelo democrático. Igualmente, já se tratou do pluralismo em Dahl, assim como do debate de Duriguetto acerca dos sujeitos coletivos enquanto mediadores da democracia em face do antiliberalismo gramsciano, ressaltando-se que propostas coletivizantes da vontade individual – insolúvel em um único projeto total – apresentam-se tão impraticáveis quanto o é o individualismo de excessos juridicizantes.

O elitismo weberiano e a acusação de que a doutrina do Estado Social não obteve êxito em livrar-se do liberalismo que acoima suas bases foram lançadas para o presente espaço de discussão, por sua importância para a evolução do constitucionalismo.

A versão elitista da democracia, de acepção liberal, remete às ideias iniciais de Schumpeter e Max Weber, particularmente inspiradas pelas noções weberianas de assimilação técnico-burocrática (tecnocrática) da crescente complexidade produtiva do capitalismo. Ideias pautadas na percepção weberiana de incapacidade das massas quanto às iniciativas políticas, assim como de possibilidade construtiva de lideranças políticas de legitimação carismática perante essas mesmas massas sociais fazem coro à “democracia de liderança” shumpeteriana, igualmente pautada

194 Ver: DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 74/75.

na crítica à vontade popular enquanto parâmetro para decisões e resoluções políticas, especialmente porque tal unicidade seria impassível de realizar-se nas sociedades modernas, de múltipla diferenciação quanto a valores, conteúdos e ações.¹⁹⁵

Para Maria Lúcia Duriguetto, destarte, esse espécime de tratativa está na base das concepções estritamente elitistas de democracia, vertidas que se encontram à consideração do povo enquanto instância incapaz de conferir solução aos problemas sócio-políticos.¹⁹⁶ Isso conduziria a uma visão democrática “minimalista” geralmente absorvida pelos críticos neoliberais do Estado Social com base na crise da atual estrutura social.

De fato, o caráter regulador e ao mesmo tempo consensual do direito conduziu à incorporação, a partir das barbáries produzidas pelas duas primeiras guerras mundiais – de uma série de direitos que estão para além da proposta liberal inicial, especialmente os direitos sociais, econômicos e culturais, dentre outros em atual fase de desenvolvimento da questão. E a resposta neoliberal à questão, que aponta para uma retração do Estado Social, alimenta-se claramente da crise de regulamentação e das promessas incumpridas do Welfare State, propondo-se modelos de regressão social e contragarantística.¹⁹⁷

195 DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 74/77.

196 “O argumento de que o “povo” não tem opiniões definidas e racionais sobre as questões políticas e que não passa de um “produtor de governos” é o fundamento sócio-político e cultural para a construção de uma visão estritamente procedimental de democracia, entendendo-a como um método de revezamento das elites no poder. (Schumpeter, 1961: 328) Defende, assim como Weber, que a prática democrática deveria ser reduzida a um método de escolha, pelo povo, daquele grupo no interior das elites que lhe pareça o mais capacitado para governar (elites bem preparadas moral e intelectualmente, com experiências e uma vocação predestinada para a política). O eleitor deve entender que a ação política é responsabilidade de quem ele elegeu: “o eleitorado normalmente não controla seus líderes políticos, exceto pela recusa de reelegê-los” (Schumpeter, 1961: 331-332)”. (DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 77/78).

197 Do ponto de vista social, político e econômico, essa proposta monta raízes na busca de uma saída apresentada

O neoliberalismo aí posto pautar-se-ia em um “receituário” que lança no seio da democracia paradoxos ditos inconciliáveis se mantido o referido modelo sócio-estatal. Isto indicaria que “a multiplicidade das demandas acerca de serviços e gastos públicos inflacionou e sobrecarregou o sistema político (Welfare State), levando à ‘ingovernabilidade’ e, assim, à crise do Estado e da política”, com efeitos paralisantes, burocratizantes, dentre outras dificuldades. E a solução proposta, à vista, passa pela “passagem do caráter ‘público’ do Estado para a lógica ‘privada’ do mercado e da sociedade civil”, esta última posta fora do Estado e tida como “espaço para se buscarem soluções para as questões econômicas, políticas e sociais”.¹⁹⁸ O que se encontra na base

pelo próprio capitalista para garantia dos monopólios próprios do modelo liberal reinante, modelo este paradoxal em relação às exigências do Estado Social: *“A reestruturação produtiva e o projeto neoliberal, enquanto respostas do capitalismo para enfrentar a sua crise, devem ser analisadas, entretanto, no cômputo geral da crise do projeto social-democrata e do projeto societário presente nos países do chamado “socialismo real”. É tendo em mente o quadro histórico-universal de crise desses projetos societários que Netto entende que a crise da sociedade contemporânea é global (por abarcar a totalidade de um período histórico), embora se materialize diferentemente segundo as particularidades econômicas e sócio-políticas dos diferentes países e regiões. Particularidades em que se destaca, sobretudo, a dos países que experienciam regimes de Welfare State e do chamado ‘socialismo real’. É com o caráter histórico-universal da crise desses dois projetos que os neoliberais vão trabalhar para a ‘formação de uma cultura política dessa ‘nova ordem’ que exige a desqualificação do significado histórico dos projetos de ‘democratização do capital’ e da ‘socialização da riqueza socialmente produzida’ como alternativas ‘à ordem, e/ou ‘na ordem’ do capital.’ (Mota, 1995: 93) A saída por eles apontada, no entanto, vai na direção – dada pelas diretrizes econômicas e sócio-políticas – da regressão social”.* (DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 82/83).

198 Nisto: *“A sociedade civil é reatualizada como expressão dos interesses particulares que têm no mercado a sua racionalidade. E essa racionalidade do mercado clarifica também o campo de toda racionalidade política. Ou seja, condições de governabilidade só tendem a ser alcançadas com a reconstituição do mercado e dos valores que lhe são inerentes, como a competição e o individualismo. É com uma sociabilidade competitiva e individualista e suas implicações na desagregação de grupos organizados, desativando mecanismos de negociação de interesses coletivos e eliminando direitos adquiridos, que teremos uma sociedade civil que colabora para a governabilidade política”.* Os elementos condutores dessa política são a valorização central de estruturas voltadas à defesa do direito à liberdade, a defesa dos direitos civis como único apoio às relações sociais, a presença de relações sociais referenciadas por aspectos de mercado, dentre outros aspectos. (DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia*: um debate necessário, p. 87/91).

dessa abordagem é a afirmação da imprestabilidade do modelo democrático de integração e inclusão social que se alia ao Estado Social, estimulando-se a conformação de uma estrutura onde a integração social é atribuída a atores particulares, onde a individualidade que reside na busca pelos interesses particulares predomina sobre a integração coletiva e o resultado da soma de tais fatores – dentre outros – acaba por promover a desestruturação da esfera pública, com o apoio da apatia e da descrença política no seio social.¹⁹⁹

Em Duriguetto, a crítica ao individualismo e ao liberalismo encontra no Estado Social amparo para um coletivismo democrático que assimila a própria noção de participatividade, mas que renega a existência de uma democracia especificamente participativa, por considerar que a participação é inerente à democracia.

199 Vale conferir a descrição doutrinária literal do fenômeno: *“Dessa forma, torna-se implausível a defesa das instituições da democracia como produto do consenso reflexivo e de uma escolha racional de agentes autônomos. Em seu lugar, as funções protetoras da integração social são exercidas cada vez mais por uma rede de “governantes privados” – partidos e agentes corporativos autônomos. Ao invés de se constituir numa esfera aberta à formação e participação das vontades populares, a democracia é vista como um instrumento de controle social e de um consenso não racional. Mas é principalmente na configuração da dinâmica das relações individuais contemporâneas que esses autores evidenciam a completa inadequação dos procedimentos democráticos para orquestrar a vida social e reduzir suas disparidades econômicas e sociais. Segundo suas elaborações, o que conforma a subjetividade humana é a pluralidade e contingência de interesses e valores, que estimulam a adoção de raciocínios específicos de acordo com os diferentes contextos em que operam. O indivíduo parece guiar-se, cada vez mais, pela busca dos seus interesses, não estando dispostos a participar dos rituais de homologação e integração coletivas. Em consequência, inexistem um código ético capaz de integrar as nossas diferentes subjetividades, pois estas se encontram divididas em uma multiplicidade de particularismos e interesses localizados em diferentes grupos (profissionais, familiares, sexuais, étnicos, religiosos etc.), o que vem impossibilitar a nossa capacidade de refletir e atuar como membros de uma sociabilidade ético-política comum. Nesse sentido, a expressão política das preferências individuais é incapaz de conduzir a projetos coerentes, definidos e de longo prazo. Se as condutas individuais estão cada vez mais desapegadas de qualquer consensualismo político, a erosão, tanto da dimensão pública da vida social como do domínio da autonomia e da subjetividade política individual, coloca a necessidade de que a dinâmica da esfera política seja realizada justamente pela desestruturação da esfera pública e do isolamento e dispersão dos agentes políticos”.* (DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*, p. 93).

No entanto, na teorização da autora, embora se apregoe para a sociedade civil ou esfera pública pluralista um papel de protagonismo social, acusa-se a teoria liberal de transferir para a esfera privada os papéis que lhe foram atribuídos pelo Estado Social, numa busca de esfacelamento capitalista de tal fenômeno estatal.

Como já posto antes, discorda-se de posturas de coletivização predominante ou que apregoam a possibilidade de formação de um consenso moral específico no âmbito da sociedade contemporânea, onde a diferença e o pluralismo cultural são a tônica, onde a defesa dos interesses comuns não podem anular a individualidade e as particularidades sócio-individuais, sob pena de promover-se o estabelecimento da tão temida tirania da maioria. Na democracia, como já posto, o aliamento dos processos de eleição majoritária com a proteção das minorias, a partir dos preceitos humanistas, lança sérias dificuldades sobre os processos coletivizantes e de formação consensual, o que, a nosso sentir, desautoriza esse tipo de centralidade democrática.

De toda sorte, os excessos individualizantes merecem ser extirpados do fenômeno democrático, assim como a consideração de Duriguetto que denuncia a recusa dos modelos sociais e integrativos por finalidades essencialmente liberais, que merecem a devida recusa, impende uma aceitação que lhe faça justiça.

A proposta liberal carimbada na base dos processos dominados pelo liberalismo é bem encarada por Paulo Bonavides ao referir o Direito Constitucional do Estado Liberal como um “Direito Constitucional avariado”, responsável por um esfacelamento do estruturamento social da segunda geração do constitucionalismo. Esse molde estatal é também chamado por Bonavides de

“Estado social regressivo”, que apresenta as feições neoliberais da priorização do capitalismo e das finanças, perdendo “densidade institucional, normativa e jurisprudencial à medida que a fusão federativa se acelera no Velho Continente”. Para o autor, essa propensão não é, contudo, algo inevitável, devendo-se laborar de forma a consolidar um “Direito Constitucional de Terceira Geração”, que é o Direito Constitucional da Democracia Participativa, ou terceiro modelo de Direito Constitucional, o Direito Constitucional do Estado Social, assim caracterizado.

Contudo, o processo globalizador não nos envolve na fatalidade de um determinismo, conforme intentam fazer crer os que nos impelem a retaguarda e à capitulação incondicional, desertando as esferas da política, da economia nacional, da identidade e da soberania. A Cartilha elaborada pelo Consenso de Washington é o breviário do neoliberalismo, o decálogo da recolonização. Podemos, por conseguinte, dizer que toda certeza que um Direito Constitucional atrelado à sua autodissolução, consoante nos querem impor, absolutamente não nos convém nem nos interessa, porquanto solapa todas as conquistas jurídicas e sociais da liberdade nos países do Terceiro Mundo. Acarreta, ao frágil constitucionalismo desses países, varridos por frequentes crises constituintes, o pior retrocesso de todas as épocas constitucionais. Em razão disso, a resistência é tarefa de todos nós, que devemos de construir em bases teóricas, e depois trasladá-lo à prática, esse novo Direito Constitucional de terceira geração. Pretendemos, assim, na advocacia da liberdade e da Constituição traçar-lhes as linhas mestras, estabelecê-las com nitidez, dotá-las de positividade, fazê-las uma revolução nos fastos do constitucionalismo, a fim de que alcancem, tão cedo quanto possível, um mais elevado nível de democratização da Sociedade.²⁰⁰

Igualmente contrária aos determinismos históricos, a percepção que insere os direitos humanos na base da legitimação da atividade jurisdicional advoga a percepção do Estado Social,

200 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 33.

do constitucionalismo e da democracia como instrumentos de realização desses mesmos direitos, não vislumbrados egoisticamente ou sob o pálio de um individualismo exacerbado, mas sob a ótica de uma proteção individual que respeita o interesse social majoritário no mesmo passo em que promove o desenvolvimento pluralista da sociedade, assim como sua plena participação na formação do Estado e do governo que lhe é respectivo.

E, para tal visão, o Estado Social, cujo fim erroneamente se defende e apregoa, se perfaz essencial. O constitucionalismo contemporâneo, nominado por alguns de neoconstitucionalismo, não lhe acarreta – ao Estado Social – o aposentamento querido por alguns, o que, a ser consolidado, só viria a promover o neoliberalismo incondizente com a proposta de um constitucionalismo próprio do Estado Democrático de Direito.

3.4 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL EM FACE DO ESTADO SOCIAL.

3.4.1 O neoconstitucionalismo: gênese e questões conceituais introdutórias

O constitucionalismo atravessou e continuará atravessando, enquanto perdurar em sua junção com o Estado, modificações e mutações condizentes com os momentos históricos, sociais, econômicos e jurídicos perpassados pelas sociedades em

que se sedimentou. Daí porque ele se inicia como um fenômeno de centralidade liberal, passa a uma concepção sociológica predominante e deságua, atualmente, no que – sem consensos – se tem chamado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo contemporâneo teria definido suas características ou traços definitórios nos últimos cinquenta anos, especialmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a ressalva de que isto não implicou no surgimento de um modelo estático, mas sim de um modelo que se seguiu em constante processo evolutivo. Aponta-se aí certo consenso da doutrina no sentido de essas mudanças incidentes sobre o paradigma do Estado Constitucional de Direito apresentaram-se de tal forma a poder falar-se em um Estado (neo) constitucional.²⁰¹

Tratar-se-ia do Constitucionalismo pós-guerra, cujas representações centrais remetem à Lei Fundamental alemã de 1949 e seu Tribunal Constitucional Federal de 1951, assim como à Constituição Italiana de 1947 e sua Corte Constitucional de 1956. No entanto, marca predominante do fenômeno seria a variedade de suas manifestações, assim como as sérias e não uníssonas dificuldades oriundas de questões como a ponderação de valores no âmbito constitucional e o intervencionismo ou ativismo jurisdicional, o que, a rigor, inviabiliza a construção de um conceito específico que o identifique. Daí porque Carbonell²⁰², por

201 Cf. CARBONEL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In Neoconstitucionalismo, Coleção Estructuras y procesos, Série Derecho. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 9-12.

202 A definição do neoconstitucionalismo, em suas acepções teórica e prática, está longe de consolidar-se, especialmente por comportar a convivência de elementos de difícil diálogo, dificuldade esta que exemplifica com a técnica de ponderação de bens constitucionais, que não apresenta solucionamento unívoco para todos os casos. Outro exemplo dessas dificuldades seria a tendência ao intervencionismo judicial fortemente relacionado ao neoconstitu-

exemplo, ao referir tais problemas conceituais, fala na presença de “vários neoconstitucionalismos”, assim como também da possibilidade de identificar tais fenômenos sob dois pontos de vista distintos. Primeiramente, ter-se-ia uma acepção teórica, visto o neoconstitucionalismo como uma teoria do direito. Em segundo lugar, vê-se o fenômeno enquanto como conjunto de fenômenos evolutivo-modificativos que impactaram sobre o Estado Constitucional, numa acepção nitidamente pragmática.

Seja nominado de constitucionalismo contemporâneo ou de neoconstitucionalismo, o que a doutrina autorizada sobre o tema testifica é que se trata aí de um fenômeno que é decorrência do rompimento histórico com a postura formalista do positivismo jurídico, que pressupunha um aprisionamento do direito em um sistema fechado e, sob pretensões pseudocientíficas, ancorado tão somente em elementos jurídicos. A abertura desse sistema, por meios ou mecanismos de comunicação entre política, direito e sociedade é ponto nodal dessa realidade histórica, que impacta diretamente sobre o modelo de Estado constitucional, de forma a exigir que seja ele também democrático.

Segundo Artur Cortez Bonifácio, o firmamento de um elo de comunicação entre o direito, o Estado e sociedade, tendo-se a constituição enquanto instrumento jurídico-político de conformação estatal, é uma releitura da legalidade positivista, aí qualificada pela legitimidade substancial de um sistema que se abre ao assentimento dos cidadãos e aos valores eleitos pela sociedade por meio da constituição:

cionalismo, numa realidade que gera inúmeras reações contrárias, além de esforços para limitação da capacidade interventiva judicial. (Cf. CARBONEL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *In* Neoconstitucionalismo, Coleção Estructuras y procesos, Série Derecho. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 9-12).

A legalidade do direito, no sentido da proposta que se defende, deverá estar apoiada na legitimidade e assentimento dos cidadãos à produção normativa, a qual tanto mais será apta ao sucesso de sua aplicabilidade, quanto mais aproximada dos mais genuínos valores do próprio Estado, assumidos pela sociedade por meio de sua expressão maior. Se a legalidade pode ser reivindicada sem o componente de materialidade imprescindível, a legitimidade requer a presença da substancialidade de tais elementos na convalidação dos seus valores.²⁰³

A percepção de Cortez é permeada pela construção de uma legitimidade que se baseia na justiça²⁰⁴ enquanto guia valorativo do direito e da constituição. Os valores inerentes à Justiça são entendidos no contexto do direito enquanto um sistema aberto e significam uma “conquista histórica, paulatina, mas segura e resistente por respaldar um processo de assimilação cultural – natural”. Segundo o autor...

[...] o direito ocupa a região ôntica da cultura – e de respostas da sociedade a problemas oferecidos pela natureza das coisas, das pessoas, das relações jurídicas etc. o direito deve ser expressão do legal, mas, enquanto norma de decisão, deve ser aproximar do legítimo, para buscar, com as dificuldades naturais de relativização do termo, o sentido de justiça. 205

Na verdade, o sistema concebido por Cortez apresenta uma visão com a qual coadunamos, apresentando um sentido formal-pragmático como referência para a análise do direito. Trata-se

203 *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 26/27.

204 Em percepção símile, Paulo Lopo Saraiva localiza a Justiça como elemento necessário ao Direito, integrando este enquanto sua quarta dimensão, de cunho teleológico: “*O Direito, como todas as outras realidades humanas, tem um fim. Não se nega que o Direito é uma combinação ontológica e epistemológica, sob o ponto de vista hermenêutico, mas, também, não se lhe pode negar uma finalidade, uma dimensão teleológica. Essa dimensão é a Justiça*.” (SARAIVA, Paulo Lopo. *A tetradimensionalidade do Direito*. 1 ed. Rio Grande do Norte: Coleção Jurídica do Semi-árido Nordeste, 2003, p. 57/58)

205 *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 27.

de uma posição que parte da normatividade jurídica, sem ignorar a dedução que desta decorre, mas apontando-se os valores como de consideração obrigatória no processo interpretativo, que é analisado em sua vertente criativa e sob a direção da finalidade de resolução dos conflitos ou solução de problemas reais.²⁰⁶

A fim de sustentar-se a si próprio enquanto instrumento de legitimação do exercício regular do poder é que o constitucionalismo contemporâneo se redesenha, desta feita buscando sua mutação naquilo que se tem chamado de características da fase neoconstitucionalista.

Tais características partem do reconhecimento da força vinculante da constituição, seja quanto aos seus princípios, seja quanto às suas regras, vetando-se a arguição de programaticidade e de não-normatividade da hermenêutica clássica ou “velha hermenêutica”. Como elemento indissociável dessa força vinculante, estabelece-se a proteção jurisdicional da constituição, sem a qual se arrefece o seu caráter normativo. Adiante, desenha-se uma nova medida interpretativa para fenômeno constitucional, a partir do que se chama de sobre-interpretação, enquanto mecanismo de extração das regras implicitamente constitucionais, evitando-se o vácuo normativo constitucional.

Também a aplicação direta dos preceitos constitucionais é uma forte tendência dessa fase constitucional, que é atual, per-

206 Conforme o autor: “*Discorreremos, então, sobre o direito normativo, baseado em sistemas de dedução lógica, no qual há de se considerar os valores; asseguramos a utilização de métodos analíticos; consideramos a criação do intérprete e a atividade de produção da norma secundária pela ação do Juiz. Nenhuma outra perspectiva, ao pensarmos o direito voltado para a solução de problemas, encontraremos os princípios gerais do direito constitucionalizados como topoi, e deles nos serviremos à resposta jurídica.*” (O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais, p. 28).

mitindo e tendenciando-se o intérprete a solver conflitos sem a intermediação legislativa infraconstitucional. Não de menos, a interpretação adequada ou interpretação conforme a constituição, como forma de se manter a unicidade e a coerência do sistema jurídico, com larga aplicação pelo Poder Judiciário e demais poderes constituídos, volta-se especialmente à proteção das normas constitucionais, sendo exercida como forma de emprestar-lhes ampla continuidade temporal. E, por fim, ressaltando-se como base desses caracteres a multiplamente citada teoria de Ricardo Guastini²⁰⁷, tem-se a influência dos preceitos constitucionais sobre as decisões políticas do Estado.

Em relação ao constitucionalismo concebido em sua acepção clássica, tem-se o diferencial de um processo enfático de constitucionalização do direito, marcado pela presença de uma constituição invasora ou de um direito impregnado pela constituição, para se contemplar as expressões mais empregadas quanto ao tema. Os elementos mais marcantes dessa realidade foram postos supra, destacando-se, para fins do presente trabalho, a ênfase na garantia jurisdicional da constituição e a forte interpretação desta de base axiológica.

O elemento mais forte desse fenômeno constitucional atual é exatamente a ocorrência da constitucionalização do ordenamento, com a presença de uma constituição que se espalha pelo ordenamento, influenciando doutrina, lei, jurisprudência e atores sociais e reorientando os critérios de interpretação clássicos. Isto teria gerado uma hermenêutica particular, distinta daquela desti-

207 GUASTINI, Ricardo. *A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 271-293.

nada exclusivamente às leis, onde os princípios são amplamente valorizados por sua carga axiológica, fundamentando o ordenamento ou sistema constitucional.

Destaca-se o caráter claramente prospectivo da constituição, o qual conecta a proposta da Lei Maior ao Estado Social. Uma das teorias mais destacadas como inspiradora da força normativa constitucional pertence a Konrad Hesse²⁰⁸, o qual vem afirmar de forma categórica o nominado “valor normativo” da constituição, especificando que esta é mais que os fatores de poder determinados pela realidade e que inegavelmente a condicionam. Assim, a noção sociológica de constituição capitaneada por Ferdinand Lassale, é oposta à compreensão da constituição enquanto um “dever ser” passível de atuar sobre a conformação organizacional e política da nação, condicionando-a.

208 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14. Para o autor: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. (...) Mas, - esse aspecto afigura-se decisivo - a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”. E acresce ele: “A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição” (p. 25).

O que se percebe facilmente ao longo da obra de Hesse é que seu texto contempla uma visão da Constituição em que se apresenta ela como elemento não apenas conformado pelas forças sociais que condicionam seu surgimento e sua manutenção, mas também como elemento central de conformação da realidade jurídica e social, o que é dito a partir da elaboração de conceitos centrais, tais quais a questão inerente à “vontade de constituição”. Em Hesse, denuncia-se que a observação lassaliana subtrai indevidamente a juridicidade do ordenamento constitucional, negando com isto o Direito Constitucional e a própria Teoria Geral do Estado como ciências.

Em posição assimilada fortemente pelo constitucionalismo contemporâneo, Hesse afirma que a Constituição possui, mesmo de forma limitada, uma força própria e que ordena a vida do Estado: uma força normativa, a qual não ignora a ligação entre Constituição e realidade, os limites e possibilidades da atuação da Constituição jurídica e os pressupostos de eficácia da Constituição, que o próprio autor trata de delimitar.²⁰⁹

A força normativa da constituição viria, destarte, a se convolar no elemento central de caracterização do neocons-

209 De toda sorte, embora não limitando a noção de constituição ao “ser” definido pelas forças sociais, indica Hesse que o dever ser constitucional não se auto-realiza, embora possa ordenar tarefas, indicando-se que a vontade constitucional origina-se de três pontos diversos, os quais seriam: a) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, responsável pela proteção do Estado em face do arbítrio; b) compreensão de que essa mesma ordem é mais que uma ordem legitimada pelos fatos, necessitando, por tal, estar em constante legitimação; c) a consciência de que essa ordem não se fará eficaz sem a presença da vontade humana, necessitando de atos de vontade para adquirir e manter sua vigência, ressaltando a idéia de que todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado. Ver, a respeito: VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *A essência da Constituição no pensamento de Lassale e de Konrad Hesse*. Revista de Informação Legislativa, n. 139, jul./set. 1998, p. 71/81.

titucionalismo. Veja-se que, para Luís Roberto Barroso²¹⁰, o neoconstitucionalismo possui como características marcantes a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o surgimento de uma nova interpretação jurisdicional, específica para o fenômeno constitucional. Seu marco histórico residiria, como já destacado supra, no constitucionalismo do pós-guerra, especialmente o alemão e o italiano, sendo representado no Brasil pela redemocratização guiada pela Constituição de 1988. Filosoficamente, o pós-positivismo lhe serve de referência, resultando da confluência do positivismo e do jusnaturalismo, de onde exsurge a “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um

210 Sobre a força normativa da constituição diz o autor: *“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”*. Sobre a expansão da jurisdição constitucional, especifica ele: *“Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”*. E, por fim, quanto à interpretação jurídica, diz: *“A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral)”*. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 09 jul. 2008).

conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”.²¹¹

No entanto, e como já posto, não há consenso acerca da existência e definição do neoconstitucionalismo, indicando a crítica procedida a este que não haveria em seus caracteres uma alteração significativa do fenômeno constitucional a ponto de fazer surgir um novo modelo de constitucionalismo. Tratar-se-ia, para alguns, de mera alteração qualitativa de um fenômeno antigo, que é exatamente o constitucionalismo. Outros ainda, mesmo que aderindo à ideia de um novo constitucionalismo, recusam o emprego da moral no âmbito do direito, sendo ainda mais vasta e diversa a doutrina que discute os aspectos do intervencionismo ou ativismo jurisdicional.

Por exemplo, Comanducci²¹² identifica o neoconstitucionalismo em três espécimes distintos: teórico, ideológico e metodológico. Para o autor, a referência à tripartição – baseada nas formas de positivismo em Bobbio – possibilita distinguir o constitucionalismo do neoconstitucionalismo. Nisto, o constitu-

211 Quanto ao modelo pós-positivista: Nisto sugere o autor uma certa complementaridade desses dois opostos, trabalhados a partir de reflexões ainda não acabadas em torno do direito e suas funções sociais e atividades interpretativas, onde se objetiva a superação da legalidade estrita sem desrespeito às normas jurídicas, assim como uma leitura moral, mas não metafísica, das categorias jurídicas, tendo-se como referencia central uma teoria de justiça isenta de “voluntarismos” jurisdicionais. Literalmente: *“A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”*.

(BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*).

212 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: um Análisis Metateórico. In *Neoconstitucionalismo, Coleção Estructuras y procesos*, Série Derecho. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 75-98.

mo seria, fundamentalmente, uma ideologia voltada à limitação do poder e à defesa das liberdades naturais ou dos direitos fundamentais, o que o relaciona essencialmente com o jusnaturalismo.

Vê-se nisto que Barroso e Comanducci concordam quanto ao surgimento de um pós-positivismo, mas o primeiro trabalha um diálogo entre positivismo e jusnaturalismo que teriam originado tal fenômeno, com ele concordando, ao passo que o segundo critica as fragilidades do modelo jus-moral. De toda forma, o neoconstitucionalismo é visto como uma nova teoria jurídica, que supera o positivismo, suplantando-o.

Por sua vez, o constitucionalismo, para Comanducci, não é relevante como teoria jurídica e não afasta a preponderância da teoria positivista no século XIX. Aliás, nem teria chegado a buscar tal fim. Nesse mote e por outro lado, segundo o conteúdo textual, o neoconstitucionalismo não seria apenas uma ideologia, contando com uma metodologia e com uma teoria concorrente com a teoria positivista. No caso, o neoconstitucionalismo como teoria do direito, que busca descrever as conquistas da constitucionalização, aponta para a defesa dos três elementos centrais já postos e que são relacionados à constitucionalização do ordenamento jurídico.²¹³

Já neoconstitucionalismo enquanto ideologia, em Comanducci, também diverge da ideologia constitucionalista, por colocar em segundo plano o ideal da limitação do poder estatal,

213 Tais elementos são: a) uma Constituição invasora; b) a positivação de um catálogo de direitos fundamentais; c) pela onipresença de uma Constituição de princípios e regras; d) e por algumas peculiaridades na interpretação e aplicação das normas constitucionais em relação à lei. O neoconstitucionalismo como teoria seria uma alternativa à teoria juspositivista tradicional, haja vista a defesa de que os elementos centrais da teoria juspositivista em questão - estatismo, legicentrismo e formalismo interpretativo - não são mais sustentáveis. (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: um Análisis Metateórico*, p. 75-98).

que era essencial nos constitucionalismos dos séculos XVIII e XIX. Aqui, já que o poder estatal não é mais visto com temor no âmbito dos ordenamentos democráticos contemporâneos, de forma que o objetivo central desloca-se para a garantia dos direitos fundamentais. Nesse caso, como bem enfatizado, a adoção do modelo axiológico da Constituição como norma põe em evidência uma radical especificidade da interpretação constitucional em face da lei, gestando-se técnicas específicas para a análise constitucional e a consideração de diferenças quanto ao seu objeto em relação ao objeto da lei. Já o neconstitucionalismo metodológico - também ideológico – identificar-se-ia com a noção de que é sempre possível distinguir o direito como é do direito como deveria ser.²¹⁴

Dentre as críticas procedidas pelo autor a tais modelos, se nos parece mais relevante aquela direcionada ao conteúdo moral das abordagens neoconstitucionais, particularmente consideradas a partir da leitura moral de Dworkin e da ponderação de Alexy. Para Comanducci, o moralismo de tais autores seria uma extensão do positivismo ideológico, temendo o que ele chama de “perigosa diminuição do grau de certeza do direito” derivada da técnica de ponderação dos princípios constitucionais e da interpretação moral da Constituição. Esse neoconstitucionalismo ideológico partilha a mesma crítica de sua vertente

214 O apoio ao modelo de Estado constitucional e democrático de direito, que se expande progressivamente no mundo é uma marca essencial da ideologia neoconstitucionalista, que não só descreve as vantagens do processo de constitucionalização, mas também professa sua defesa e ampliação. Alguns dos defensores desse neoconstitucionalismo ideológico são Alexy, Dworkin e Zagrebelsky, que procedem a uma ligação necessária entre direito e moral, apregoando a existência de um dever moral de obedecer a Constituição e as regras com ela coerentes, o que, ao ver de Comanducci, os aproxima em muito do positivismo ideológico do século XIX, onde se defendia a obrigação moral de obedecer as leis. (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: um Análisis Metateórico*, p. 75-98).

metodológica, pois para o autor, “la tesis neoconstitucionalista es que cualquier decision jurídica y en particular la decision judicial, está justificada si deriva, en ultima instancia, de una norma moral”²¹⁵, do que ele discorda.

Em termos, quando a questão se desloca para a análise das modificações que o neoconstitucionalismo operou sobre o modelo de Estado de Direito, indaga-se primeiro se faz parte disto a formatação de uma nova teoria do direito ou se o caso remete apenas a forma distinta de se vislumbrar o mesmo objeto. Pergunta-se também se o fenômeno comporta uma alternativa à teoria juspositivista, afastando o estatismo, o legicentrismo e formalismo interpretativo ou se apenas procede à ênfase de elementos que, em verdade, já compunham o arsenal positivista.

A nosso ver, não é incorreto falar em um novo momento do constitucionalismo, daí a adequação do prefixo “neo” reportando ao novo. Não se pode, entretanto, negar que o neoconstitucionalismo, na condição de fenômeno sócio-político que assume, está irremediavelmente ligado à sua história. Tal fenômeno pauta-se na consolidação de determinadas características metodológico-formais – normatividade, superioridade e centralidade da constituição no sistema interno, com suas devidas consequências dogmáticas e hermenêuticas – que permitem falar em um novo momento para o movimento constitucionalista, embora que ainda sem contornos sedimentados.

De certo, essa sedimentação relaciona-se com passagem ou transição da teoria à prática, com a formulação dos instrumentos necessários a tanto, o que não é tarefa fácil, especialmente

215 COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: um Análisis Metateórico*, p. 94.

diante e temas centrais como interpretação constitucional e seu alcance, o papel do judiciário na concretização dos direitos humanos, o acesso à justiça, o controle de políticas públicas, a defesa das minorais por meio de ações afirmativas etc.

O período pós-guerra restou marcado pela incorporação crescente de valores humanistas e dignitários relacionados a direitos fundamentais, os quais por si só e por força dos caracteres do texto constitucional já apresentam um grau elevado de abstração e requerem, por isto processos específicos e complexos de densificação. Essa realidade, de alta carga valorativa, passou a exigir a revisitação dogmática do direito, segundo alguns para instituição de uma nova dogmática, segundo outros para a reconstrução dos preceitos atuais, sendo este um dos principais desafios do neoconstitucionalismo.

E, embora em todos os tempos, as questões axiológicas, valorativas, especialmente a partir de critérios de justiça e de humanidade, estivessem presentes, não se tem notícia de que o estejam em conformação de tamanha complexidade e pluralidade como a que se desenha no contexto contemporâneo.

Certamente, a conflitualidade social, jurídica e política se vê enfatizada pela pluralidade e diversidade únicas de uma assim chamada pós-modernidade. Estão entre os maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo encontrar formas específicas e adequadas à promoção de uma convivência harmoniosa no âmbito dessa complexa tessitura social, econômica, política etc. Nisto há frequentes conflitos reais e aparentes a serem solvidos pelo judiciário e a maioria dos conflitos acontece no âmbito dos direitos fundamentais exatamente porque não é possível hierar-

quizá-los em abstrato, daí a importância que as abordagens formal-pragmáticas assumem.

Um modelo axiológico vertido a solução desses conflitos parece inevitável, juntamente com todos os dilemas de abstração e concreção que lhe são inerentes. Uma tal noção, na ideia do presente trabalho, só pode ser conduzida a partir da defesa e concreção dos direitos humanos, vistos estes sob uma abordagem libertária capaz de, sob vários ângulos, proteger a dignidade individual de cada cidadão, preservando o pluralismo cultural e a defesa da diferença, sem prejuízo da consolidação de um projeto coletivo para a comunidade mundial.

Sem prejuízo dos benefícios nacionais-internos de uma tal abordagem, sua concreção atualiza o constitucionalismo, de coração nacionalista, em relação aos influxos da globalidade, que não se vê ele em condições de negar, mas que necessita assimilar sob o filtro das condições que delimitam cada realidade nacional. Nisto, fica claro que o neoconstitucionalismo, centrado na normatividade do texto maior interno, se posta diante de novos e globais desafios. Se disto resultará um novo constitucionalismo ou se apenas se desenhará um dos elementos fundantes do constitucionalismo contemporâneo só o tempo dirá – embora não se ignore a tautologia da afirmação, especialmente porque o que é ou não contemporâneo depende de seu referente momento histórico.

Nesse sentido e particularmente quanto ao Poder Judiciário, fala Cortez²¹⁶ em uma “guinada humanística às decisões

216 O *Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 317/285.

judiciais”, capaz de firmar uma “aliança entre judiciário e a sociedade”, referindo o autor a legitimação que socorre a jurisdição na concretização da Constituição. Desenvolve-se aí uma visão cosmopolita da justiça, onde a defesa do indivíduo deve se dar independentemente de sua nacionalidade, num diálogo com a possibilidade de socorro recursal às instâncias supranacionais de proteção dos direitos humanos.

Tal ideia só deixa evidentes as amplas e incatalogáveis possibilidades discursivas e legitimantes dos direitos humanos, especialmente em sua capacidade de emprestar novos formatos ao fenômeno constitucional e também supraconstitucional.

3.4.2 Neoconstitucionalismo, constitucionalismo global e democracia.

Indagando-se acerca do que mudou no constitucionalismo decadente de antes da segunda guerra para o constitucionalismo recuperado a partir do pós-guerra ou neoconstitucionalismo, especifica Bonavides²¹⁷ que a reconstitucionalização de Europa imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do Século XX redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. Além do surgimento do pós-positivismo e de outras questões ligadas à supremacia constitucional, que já foram objeto de consideração anterior, destaca-se também a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia e o surgimento do as-

217 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

sim chamado Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático.

Em tal contexto, a constitucionalização dos direitos fundamentais envolve a imunização destes contra os processos políticos majoritários. Aliás, já se destacou no item anterior a este que em um de seus aspectos centrais o constitucionalismo contemporâneo desloca a centralidade do constitucionalismo desde uma visão limitativa do poder estatal para uma visão de concretização dos direitos fundamentais.

Para fins deste trabalho, se diz que essa finalidade concretizadora deve ter por referência os direitos humanos, promovendo a abertura do sistema constitucional a uma vertente de diálogo com o sistema internacional de proteção de tais direitos, o que só lhe acresce em seus aspectos democráticos. Dá-se aí maior ênfase à aproximação entre constitucionalismo e democracia, tão importante à legitimidade do poder reclamada pelo neoconstitucionalismo.

Mais que isto. A visão que conduz os direitos humanos para dentro do sistema aberto e formal-axiológico do constitucionalismo contemporâneo planta em tal modelo constitucional um centro democrático de amplitude ímpar. Como já dantes analisado no capítulo designado à democracia em particular, o caráter democrático de tais direitos serve à vontade popular que legitima o Estado das mais variadas formas, seja na perspectiva do povo considerado enquanto instância legitimatória no sentido de Müller, seja nas adoções valorativas de realização da igualdade e do princípio contra-majoritário.

A formação pluralista dos direitos humanos lhes permite lançar uma luz de diversidade e especificidade no centro da crise jurídico-constitucional atravessada pelo Estado Social. Seus preceitos que apregoam a igualdade material, comprometidos com uma visão revolucionária antiliberal, autorizam as democracias contemporâneas ao desenvolvimento legitimante necessário à reformulação apregoaada pelo neoconstitucionalismo. Mais que isto, entretanto, a proteção da diversidade que os permeia em seu processo de especificação facilita o trato da complexidade pós-moderna, ainda que sob a tônica de valores, mas de forma desapegada de moralismos ou individualismos de pretensões exclusivistas ou de pretensões coletivizantes de uma sociedade de dissensos.

De fato, não se vislumbra o Estado de direito atual senão como um Estado também democrático. Segundo Canotilho, seja qual for o conceito de Estado, este hoje “só se concebe como Estado Constitucional”, mas ressalta que tal expressão só se firmou recentemente, apresentando-se como características centrais desse Estado Constitucional o fato de ele ser um Estado de direito e um Estado democrático, em expressões que por vezes aparecem dissociadas. No cerne da questão posta está, portanto, o assim chamado Estado constitucional democrático de direito, que “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”.²¹⁸

Enquanto Estado de direito, vislumbra-se a “domesticação do domínio político” pelo direito, por várias formas, todas

218 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 92.

baseadas na “juridicidade estatal”. Quando a questão se desloca para o Estado de direito democrático-constitucional, especifica Canotilho que o Estado constitucional “não é nem deve ser apenas um Estado de direito”. Deve ele estruturar-se como um Estado de direito democrático, correspondente este a “uma ordem de domínio legitimada pelo povo”, com imposição de que o Estado se organize de forma democrática.²¹⁹

A questão da relação entre Estado de direito e democracia, como dantes já referido de passagem, está na consideração da insuficiência de um Estado dotado de uma constituição limitadora do poder por intermédio do império do direito. Ao modelo do Estado de direito, baseado na legalidade, faltava a legitimação democrática do poder. Para o autor, o Estado Constitucional é mais do que o Estado de direito, daí porque a inserção do elemento democracia decorre da necessidade de legitimação do poder. Neste ponto, distingue-se a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico, da legitimação do exercício do poder político. O Estado de Direito não responde a essa segunda vertente legitimatória, acerca da origem do poder. Nesse ponto, finaliza Canotilho esclarecendo que...

“só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o Estado de direito e o Estado democrático possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático”.²²⁰

219 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 98.

220 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 98.

É bem óbvio que a afirmação da soberania popular enquanto elemento de centralidade democrática é uma das tônicas do Estado Democrático de Direito. Já se tratou antes das dificuldades de realização dessa vontade, o que produz tantas formas democráticas quantas são as formas propostas para essa concretização voluntarista.

No entanto, como a orientação deste trabalho não é exclusivamente voluntarista, importa dar sempre destaque a materialidade democrática, a par de todas as dificuldades que o tema enfrenta.

Segundo Sanchez²²¹, no século XXI, democracia constitucional é sinônimo de prática democrática, a qual se efetiva por meio de um sufrágio universal garantido jurídica e faticamente de forma a se falar em “voluntad general” não como dogma contratualista, “sino como la energia primigenia que se genera desde abayo y asciende hacia los gobernantes”, de modo que se algo ainda resta da vontade soberana renascentista esse algo é sobretudo atribuído ao próprio povo. Tal democracia, num sentido negativo, não é aquela de decisões populares sem limites ou mesmo defensora desta ou daquela classe social. Positivamente, representaria ela a busca por manter as transformações dos momentos revolucionários, identificada com a capacidade constituinte do povo de expressar sua vontade e de dar-lhe definição formal-documental, dentre outros elementos.

O pós-guerra promoveu um avanço no trato dos direitos fundamentais em face da ascensão da noção de dignidade huma-

221 SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*, p. 595-612.

na, inclusive em nível internacional, provocando uma reformulação significativa da democracia e gestando-se novos modos de se pensar o problema central do constitucionalismo. Centraliza-se a concretização da força normativa constitucional, correspondente ao poder de uma constituição de convolar seus termos formais em práxis, o que teve força redobrada com a queda de vários regimes autoritários na América Latina em particular. Para Sánchez isso se deve à “ascensão do constitucionalismo mundial”, sendo este um constitucionalismo dito consciente de seus equívocos e fincado em fundamentos sólidos.²²²

Para nós, entretanto, quando se fala em pretensões do direito internacional, em constitucionalismo global – ainda não consolidado – ou em quaisquer outras formações relacionadas aos limites do Estado Constitucional Nacional, a prática legítima que confere um conteúdo específico ao Estado de direito, convolvando-o em democrático, deve ser permeada pelos direitos humanos.

A democracia do constitucionalismo contemporâneo, que legitima o Estado de direito formal e substancialmente, é permeada por uma ampla conversação entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, como já dantes posto.

Sanchez fala em um constitucionalismo cujos dogmas são apenas os necessários para manter os elementos indispensáveis à dialética pluralista constitucional, com destaque para o valor da dignidade humana pautada em um constitucionalismo aberto

222 SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*, p. 595-612.

e vivo/dinâmico, gerador de “práticas democráticas”. As grandes questões desse constitucionalismo democrático remeteriam à participação democrática ou autogoverno²²³, à efetividade dos direitos²²⁴, ao reconhecimento e a inclusão de grupos diferenciados, à normatividade constitucional e à adaptação do constitucionalismo aos novos espaços.

Já trabalhadas as demais temáticas e considerando a centralidade deste trabalho, importa enfatizar o caráter democrático da inclusão de grupos diferenciados e da adaptação do constitucionalismo a novos espaços, características que relacionam a democracia aos direitos humanos.

Quanto ao pluralismo, destaca-se aí que o constitucionalismo, em sua origem, foi um projeto de uma classe dominante, de raça branca, católica e heterossexual, numa conformação discriminatória que a evolução constitucional intentou corrigir, especialmente a partir da abertura à “dimensión grupal”, fundada na assimilação de uma sociedade plural. Isso quer dizer, sobretudo, que, sendo o constitucionalismo considerado como um instrumento de solução prática para conflitos complexos, ele pode e deve buscar “un adecuado modus vivendi entre comunidades y grupos com concepciones del mundo y/o puntos de vista diver-

223 Trata-se da busca de um constitucionalismo baseado em um autogoverno – e não em um mero governo de consenso –, buscando-se solucionar vários problemas, dentre os centrais aquele da delegação do poder popular a terceiros e ainda do fosso estabelecido entre os pólos dessa representação (representantes e representados). Aqui os processos eleitorais legítimos, periódicos e competitivos são apresentados como meio de que necessita o constitucionalismo para manter sua legitimidade, não por força da garantia de partição do poder, senão pela garantia do potencial de tradução dos desejos dos eleitores. (SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*), p. 595-612).

224 Embora em constitucionalismo apartado de direitos, é fato que atualmente se vive uma situação de generalização, especificação e intensificação desses mesmos direitos, não sendo eles mais considerados como simples reivindicações políticas, mas sim como exigências. (SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*), p. 595-612).

sos sobre cuestiones tenidas por básicas o importantes”²²⁵ Para o autor, entretanto, essa busca não deve ser exercida de modo a se relativizar de tal sorte a aceitação de projetos grupais que venha a se desnaturar por relativismo o projeto constitucional.

A nosso ver, a seara adequada para o tratamento de tal questão remete à discussão entre relativistas e universalistas no âmbito dos direitos humanos, já travada no capítulo 2 do presente trabalho, onde se ressalta, tal como Sanchez, que a tolerância apresenta seus limites, devendo ser conformada em suas dificuldades com necessária referência à realidade.

Já quanto à afirmada adaptação do constitucionalismo aos novos espaços, ressalta-se que a “desnacionalização” do constitucionalismo e do direito constitucional é marca inegável dos tempos atuais. Diz-se que a descentralização e a integração supranacional são tendências que parecem irreversíveis, mas é preciso que se respeite determinadas pautas ou elementos democráticos a fim de evitar-se “brechas culturais” e “choques de civilizações”.²²⁶

No caso, a União Europeia seria a fonte inspiradora e o exemplo mais acabado de constitucionalismo supranacional, devendo-se evitar os equívocos de tal modelo, especialmente porque o projeto de uma constituição supranacional, de alcance geral entre vários países, na visão de Sanchez, teria o poder de prejudicar a supremacia das constituições estatais internas. Na verdade, a construção desse constitucionalismo é tido por um projeto em andamento, sendo os seus componen-

225 SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*, p. 606.

226 SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*, p. 611.

tes de exequibilidade e governabilidade legítimos um grande desafio, nas palavras do autor:

El establecimiento de cierta gobernanza global requiere osadía para alcanzar pactos y ensayar reglas. Y a nosotros, como miembros de la sociedad civil universal in fieri, nos corresponde estar atentos, apoyando a quienes sepan estar a la altura de los desafíos y castigando a los indolentes y a los ineptos.²²⁷

A preocupação de reserva e proteção de identidades nacionais é recorrente e prioritária mesmo em países onde a democracia constitucional encontra-se consolidada e, como se verá adiante, ela se faz mais enfática em situações, como no Brasil e na América Latina em geral, onde não há ainda essa consolidação. É que a abertura internacional pressupõe um Estado em condições de relacionar-se de igual para igual com os demais, sendo séria a desigualdade social e especialmente econômica que assolam também a comunidade internacional. Certamente, uma tal dificuldade é impeditiva hoje de uma ordem estatal mundial pensada enquanto criação de uma comunidade política sujeita a um estatuto constitucional uno, havendo ainda outras questões relevantes.

Por outro lado, ao tratar da internacionalização do direito constitucional ou da constitucionalização do direito internacional enquanto tendências contemporâneas percebe-se a existência de

227 Para o autor a "sinuosa" vida do constitucionalismo da União Europeia demonstra a complexidade da mudança transnacional e, ao mesmo tempo, também enfatiza os vários êxitos de tal medida na solução de problemas insolúveis em particular pelos vários Estados envolvidos. Isto embora não se possa olvidar dos problemas que as práticas financeiras sem fronteiras estatais podem causar, do que, aliás, a história recente tem dado fortes exemplos. Os problemas apontados são vários e já inferidos da realidade europeia: não há um espaço público, nem partidos, nem um parlamento a que se possa atribuir a representação do povo europeu. Já as soluções até agora encontradas apontam para a partição de responsabilidades e especialmente para o princípio maior da subsidiariedade, evitando-se intervenções desnecessárias para o exercício das competências fixadas. Nesse ponto, ressalta-se a importância da fixação de regras de competência precisas, assim como normas procedimentais para exercício destas de modo a favorecer a negociação e o consenso. (SANCHEZ, Miguel Revenga. *Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI*), p. 611/612).

uma série de confusões terminológicas, especialmente porque se refere fenômenos em construção ou não consolidados. Descentralização, integração supranacional, constitucionalismo transversal transnacional, ordem jurídica mundial são apenas alguns exemplos desse tratamento. E cada um desses fenômenos comporta a definição que seu defensor especifica.

No caso de Sanchez há menção a integração supranacional ou descentralização em um contexto que sugere uma formação jurídico-constitucional tal qual a União Europeia, que ostente uma ordem constitucional regional, com instrumentalização de mecanismos executivos, legislativos e jurisdicionais próprios. É o que se tem, em nível mundial, de mais aproximado às formações estatais transpostas para um nível supranacional. Mundialmente, entretanto, essa realidade parece deveras distante de ocorrer, cabendo lembrar que mesmo a realidade europeia ainda encontra-se em construção.

Para referenciar os problemas e possibilidades da temática vale remeter a Marcelo Neves, que indaga se há constituições transversais, de adequado acoplamento estrutural entre direito e política, para além dos Estados-nacionais. Primeiro, o autor quer saber se isso pode existir no mundo tal como ele é hoje, para depois analisar essa possibilidade no âmbito da União Europeia. Consoante Neves²²⁸, “a emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável” que atrai significativa atenção e é objeto de estudos os mais variados. Aí se

228 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 83/84

misturam tanto pretensões de superação dos Estados quanto pretensões de mera independência quanto a estes.

Em Neves, são apresentados como paradigmáticos vários modelos de constitucionalismo internacional ou supranacional. Destaca-se, primeiro, o modelo que apregoa a formação de uma “república mundial federal e subsidiária”, onde a preocupação central seria a defesa da paz de inspiração kantiana e onde se fixaria “uma estatalidade mundial como nível supremo perante a estatalidade continental e a nacional”. Em segundo, tem-se o modelo que defende a formação de “uma política interna mundial sem um governo mundial”, que remete a Habermas e onde importam questões tais quais a constitucionalização do direito internacional público e a fixação de uma Constituição específica para a sociedade mundial plural, estabelecendo-se um “regime global de bem-estar”.²²⁹

Tais modelos são tratados não sem uma substancial dose de ironia e incredulidade, especialmente por lhes faltar uma configuração própria capaz de tornar crível sua existência concreta, principalmente para os dias atuais. E o motivo, no contexto já adiantado no presente caso, é óbvio: o emaranhando de estruturas estatais e não-estatais postadas no cenário internacional e que exercem poderio econômico, político e jurídico não encontra sistematização nem condições próprias de atual uniformização.

O destaque primeiro é para a existência de um novo direito internacional, onde vicejam organizações como a Liga das

229 Para o autor, o estabelecimento de ideias consensuais e fixas num espaço cosmopolita e múltiplo como é o mundial “pode, antes, servir para encobrir problemas graves que dependem de variáveis bem mais complexas a serem enfrentados adequadamente na arena política e jurídica”. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 85/87).

Nações, a ONU, vislumbrando-se ainda mecanismos como a Carta das Nações Unidas, chamada por muitos de “Constituição da comunidade jurídica internacional”. Nisto, enfatiza o autor, no plano das estruturas organizacionais, a existência de “uma pluralidade de órgãos com força de autoridade no âmbito de funções legislativas, jurisdicionais e executivas”; assim como, no plano dos elementos materiais, a presença dos tratados e convenções sobre direitos humanos; e, ainda, quanto ao direito constitucional formal, o jus cogens, conforme art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, dentre outros elementos.²³⁰

A grande questão é se tais estruturas já existentes são suficientes para a sedimentação do assim chamado constitucionalismo global, se essa nova estruturação do direito internacional é realmente suficiente ao surgimento de um equivalente internacional da constituição transversal gestada pelo Estado moderno.

Uma coisa é pretender, como Cortez²³¹, a convergência dos sistemas nacional e internacional na proteção dos direitos fundamentais, a par de uma legitimação substancial no exercício da atividade jurisdicional, defendendo-se o fenômeno constitucional interno como um sistema aberto aos “ideais democráticos, de solidariedade e paz”, protegida a dignidade humana. Coisa diversa é falar de uma ordem internacional de conformação multietatal pautada na centralidade de um poder internacional guiado por uma constituição ou instrumento equivalente, mas uno e vinculante para vários Estados nacionais. A par disto fica fácil ver que a afirmação ou não da existência de um constituciona-

230 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 88/90.

231 O *Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 29.

lismo global depende do que se entende por “constitucionalismo global”.

Se o caso é de abertura das constituições nacionais ao diálogo com o direito internacional dos direitos humanos, para realização, por instrumentos nacionais e internacionais, de fins comuns voltados à garantia de direitos humanos e também fundamentais, aí sim tem-se uma realidade patente, inclusive em detalhamento feito adiante no caso da realidade brasileira. Isso ocorre a partir dos próprios Estados nacionais em suas relações com as Cortes Internacionais de proteção dos direitos humanos, sob a intermediação das organizações internacionais – governamentais e não governamentais.

Mas uma exigência mais sistemática de estruturas executivas, legislativas e judiciárias próprias para um Estado global já não encontra ressonância na realidade mundial.

Lembra-se aí que, de forma muito ampla, todas as sociedades possuem uma constituição; mas, quando a ideia é de constituição no seu sentido moderno, com ênfase no acoplamento estrutural entre direito e política e na gestação de uma racionalidade transversal entre esses dois sistemas, então não se pode dizer o mesmo. Para Neves, não há um correspondente de tal modelo – que equivale ao Estado democrático de direito - no âmbito mundial, de forma que diz ele ser controversa “a identificação de Constituições no plano do direito internacional público ou de uma supranacionalidade jurídico-política global”. Os problemas aí estão na subordinação do direito internacional à política das grandes potências, com relações desiguais ente direito e poder, nos bloqueios à implementação global dos direitos

humanos, assim como o uso retórico dos direitos humanos pelas grandes potências do mundo.²³²

No entanto, tratando-se de uma ordem regional, como acontece com a União Europeia de Direitos Humanos, diz ele poder supor a presença desse constitucionalismo transversal, por força da presença de jus cogens, de deveres erga omnes e da concretização de jurisdição comum pelo Tribunal Europeu. É o caso de um constitucionalismo transversal regional, mediante a ressalva de que depende isto de pressupostos específicos, tais quais a simetria no estágio de desenvolvimento dos Estados, a diferenciação dos sistemas político e jurídico no âmbito destes; também a com presença de constituições transversais em tais estados, assim de um povo constitucional heterogêneo e de uma esfera pública forte.²³³

232 Especificando tais problemas, acontecem eles em vários níveis materiais e organizacionais, destacando-se, primeiro, *“a subordinação do direito internacional público à política determinada pelas grandes potências mundiais”*. Disto exsurge a execução de relações desiguais entre direito e poder e baixa densidade normativa decorrente dessa mesma influência política, o que rompe com a harmonia sistemática enquanto pressuposto da gestação de uma racionalidade transversal específica. Segundo, tem-se a *“dificuldade de determinar a competência orgânica, o domínio material e a capacidade de uma proteção generalizada dos direitos humanos”*, o que dificulta a implementação do devido processo legal, implicando-se ainda questões jurídicas e dogmáticas quanto a essa proteção dos direitos humanos, tais quais os aspectos de legitimidade dos órgãos executores e a existência de elementos práticos para programar essa proteção. Terceiro, quanto ao aspecto concreto, elenca-se como negativa a utilização retórica dos Direitos Humanos pelo Conselho de Segurança e pelas grandes potências mundiais para *“justificar sua prática interventiva com relação a Estados mais fracos na constelação internacional do poder”*. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 91 e ss.).

233 Esses pressupostos seriam, primeiro, *“uma certa simetria no nível de desenvolvimento dos respectivos Estados-membros”* como *“condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade, que implica normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal, vinculando diretamente os cidadãos e órgãos estatais”*. Segundo, para o surgimento da racionalidade transversal entre política e direito no plano regional é necessário que diferenciação entre os sistemas político e jurídico, de sorte que estejam eles *“territorialmente diferenciados nos respectivos Estados-membros”*, além de *“vinculados construtivamente mediante constituições transversais”*. Terceiro, é necessária a presença de um *“povo constitucional determinante dos procedimentos no plano supraestatal”*. Não se exige aí uma identidade cultural coletiva (que também não é presente não Estado Constitucional), mas sim um *“povo que se distingue, antes de tudo, por uma forte heterogeneidade”*, sendo ele responsável pelo fechamento do sistema político. Ainda, além do povo constitucional e da constituição transversal, exige-se a gestação de uma esfera pública *“forte, isto é, relevante para os procedimentos, que possa servir à abertura do sistema político e, assim, sirva como instância de sua heterolegitimação”*. Assim, devem-se fixar procedimentos políticos que mantenham o sistema sensível e aberto à

O autor confere importância central ao equilíbrio entre a racionalidade política e a jurídica, a qual deve existir tanto em nível interno quanto em nível externo para que se fale em constitucionalismo transversal, o que é reconhecido como presente no sistema regional europeu, mas não na realidade global.

Como se vê, a abordagem contemporânea do fenômeno constitucional expõe o constitucionalismo aos seus próprios limites territoriais e nacionalistas. Ou seja, a questão aponta para a abordagem da atual tendência à internacionalização dos ordenamentos jurídicos, sopesando as dificuldades do apregoado constitucionalismo global em face do Estado-nação ou da própria teoria do poder constituinte e suas limitações.

Para atender aos reclames dessa forte integração nacional-internacional, Peter Häberle²³⁴ teorizou o assim chamado Estado Constitucional Cooperativo ou Cooperativista, cujas características centrais seriam uma peculiar abertura diante de possíveis vinculações internacionais, inclusive quanto aos direitos humanos; um potencial constitucional ativo destinado à persecução de objetivos precisos voltados a tarefas nacionais e internacionais comuns; e, por fim, a capacidade de atender a prestações estatais solidárias, acrescida uma predisposição a cooperar para além de suas próprias fronteiras no apoio ao desenvolvimento mundial e a outras questões cruciais à humanidade, tais quais a proteção ao meio ambiente, a luta antiterrorista etc.

pluralidade comunitária. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 99/105).

234 *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 293/294.

Para Häberle, essa forma cooperativa de Estado constitucional vem a substituir o Estado constitucional nacional, em resposta às mudanças operadas no âmbito do Direito Internacional, relativizando-se o modelo baseado em elementos nacionais e lançando-se o ser humano a uma posição de além fronteiras, onde passa a centralizar a ação estatal, interestatal e supraestatal.²³⁵

É fato que as estreitas relações cotidianas entre direito constitucional e direito internacional, especialmente fincadas na busca de fins comuns aos Estados (econômicos, ambientais etc.), principalmente pela realização plena do princípio da dignidade humana, têm implicado na revisitação de inúmeros conceitos-chave inerentes ao constitucionalismo, tais quais as noções de soberania popular e do poder constituinte, este inicialmente concebido – da ideologia francesa – como poder popular inicial destinado à conformação estatal. Como nascido do construtivismo francês, referido poder possui gênese revolucionária, contratualista e legitimadora: não é apenas o poder que gesta a constituição, mas é também o poder que a legitima, emprestando-lhe um fundamento que lança bases na soberania popular. Enquanto fenômeno, o constitucionalismo depende, hodiernamente, de uma constituição formal (escrita ou consuetudinária) com força vinculante e elementos jurisdicionais que lhe deem proteção.

Embora não se negue que a teoria do poder constituinte possa ser revisitada, a fim de que se conduza o consenso do contrato social – Rousseau – a uma esfera global de um direito das gentes – para referir Rawls -, entende-se aqui, com Marce-

235 *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, p. 294.

lo Neves e seu “transconstitucionalismo”, que os elementos necessários ao estabelecimento desse poder em nível global ainda não estão presentes, embora aconteçam em aspectos regionais, a exemplo da Comunidade Europeia.

Mas parece bem claro que não se tem ainda um constitucionalismo global no sentido apregoado por Marcelo Neves com referência no modelo de Estado Democrático de Direito e sua constituição transversal. O que se tem, claramente, é a abertura dos sistemas internos à realidade internacional, com assimilação crescente de direitos humanos apregoados pelas esferas próprias da supranacionalidade. Como a conversação entre tais ordens se dá é objeto dos capítulos subsequentes a este.

De toda sorte, lembrando que as democracias do futuro, ainda que sob os influxos da globalidade, não são sinônimo de defenestração do Estado social, vale recordar que o último e válido modelo de Estado Social referido por Bonavides seria capaz de corresponder a esse necessário diálogo interno-internacional. Isto porque tal Estado seria aquele que “estampa uma identidade essencial com legítimos interesses do gênero humano”, pautado em uma normatividade de direitos que agora ultrapassa as fronteiras da soberania e da nacionalidade. Até aí, tudo bem. O problema se instala, ao nosso sentir, quando Bonavides especifica que isto resulta “num pacto transnacional, o respeito da humanidade aos direitos fundamentais”, tido pelo autor como “ponto de partida para a futura Constituição de todos os povos”.²³⁶ A felicidade do termo parece estar, para sua pertinência, no designativo futuro.

236 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 152.

Definir sob quais condições essa constituição poderá vir a existir é uma questão de extrema complexidade, especialmente no pluralismo social contemporâneo. O certo é que ela não existe para o momento, sendo os direitos humanos o que se tem de mais próximo à defesa de uma globalidade dignitária.

Na verdade, o suporte de globalidade e internacionalidade inerentes aos Direitos Humanos dá ênfase à importância da democracia e, ao mesmo tempo, expõe os limites e dificuldades do Estado Nacional indispensável à concretização democrática. As benesses que tais direitos conduzem a esse Estado e à supranacionalidade como um todo, portanto, dependem sobremaneira de uma adesão libertária e revolucionária ao seu conteúdo e à sua concretização enquanto elementos legitimantes do exercício de quaisquer formas de poder estatal e não-estatal.

3.5. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO NA REALIDADE BRASILEIRA

3.5.1 A legitimidade adequada à salvaguarda do estado social no Brasil

A crise do Estado social no caso brasileiro soma-se aos desafios democráticos desse mesmo Estado, o que se nos parece indicar a necessidade de se tomar os direitos humanos como referência ética, hermenêutica e pragmática indeclináveis.

Reza a doutrina sócio-política brasileira que Raymundo Faoro, jurista, sociólogo, historiador e cientista político, se nos apresentou uma leitura dos fatos histórico-políticos nacionais vá-

lida até os presentes dias. Em sua obra designada “Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro”, Faoro analisa a formação desse mesmo patronato a partir de uma correlação entre a história portuguesa e a brasileira.

Na visão do autor, tanto Portugal quanto o Brasil em momento algum passaram por uma feição feudal, sendo sua forma histórica de manifestação do poder assim nominada de “estamental-burocrática”, cuja característica central corresponde a resiliência ou flexibilidade - incompatíveis com a feição rígida do feudalismo - que lhes confere constante capacidade de adaptação à realidade e às pressões desta decorrentes. Em outras palavras, como interpretado Gabriel Cohn, em prefácio à obra de Faoro, uma tal estrutura, quando “submetida a pressão”, cede para, logo depois “reassumir a configuração original”, do que se extrai sua “eficácia” e sua capacidade de resistir inclusive aos avanços das inúmeras alterações histórico-estruturais, inclusive quanto ao advento do capitalismo moderno.²³⁷

A forma básica de atuação do estamento é a de uma instância politicamente dominante que toma para si as “condições de mando” e que se empenha em gestar formas de reservar para si essas mesmas condições, agindo sempre “interesse da sua perpetuação”. Nisto nos fala Faoro, literalmente, de uma longa caminhada histórica sem alterações razoáveis e eficazes no âmbito de uma estruturação de poder que pertence ao povo apenas nominalmente, que jaz aprisionado pela força do estamento burocrático que, dominando o Estado, alcança com este

237 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 9 e ss.

o domínio de todas as formas de coerção política, jurídica e social:

A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é exceção de certos períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. O bonapartismo meteórico, o pré-capitalismo que supõe certo tipo de capitalismo, não negam que, no cerne, a chama consome as árvores que se aproximam de seu ardor, carvão para uma fogueira própria, peculiar, resistente. O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, bem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasoos, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Ele oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe dispensários de justiça e proteção.²³⁸

O Estamento burocrático, que soma a classe social patrimonialmente orientada e uma estrutura burocrática que serve à dominação dos meios institucionais necessários à consolidação e manutenção de um poder que conduz consigo o signo da pessoalidade, na verdade, não é uma estrutura histórica de bases legítimas e lícitas. É uma distorção resistente e nefasta, incompatível com o Estado Democrático espe-

238 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, p. 836/837.

cialmente se essa democracia for Constitucional e de Direito, como é o caso do Brasil.

No caso do Brasil, existiu um tempo, adverte-nos Fábio Konder Comparato²³⁹, sobretudo no início do Século XIX, em que a ideia democrática se mostrava nefasta e subvertora da ordem natural da sociedade. Tal acepção negativa reinante no meio político pátrio no período imperial é ilustrada inicialmente pelas críticas do próprio D. Pedro I em sua fala aos constituintes de 1823 e segue referenciada historicamente até redundar na advertência peremptória do autor quanto à instauração meramente retórica da democracia pátria. E, segundo ainda Comparato²⁴⁰, a instauração da República representou para os dirigentes políticos da época a automática instauração do regime também democrático. No entanto, é sabido que desde então e até os dias atuais “a empulhação democrática tem consistido em fazer do povo soberano, com as homenagens de estilo, não o protagonista do jogo político”, mas sim “um simples figurante, quando não mero expectador”.

Tal situação leva o doutrinador a perguntar qual seria a verdadeira força normativa de uma Constituição na história brasi-

239 “Seja como for, a partir do término da Guerra do Paraguai a ideia de democracia, ou de república democrática, foi rapidamente expurgada de suas conotações subversivas, e passou a ser invocada de público, não obviamente como regime de soberania popular, mas como justificativa retórica da autonomia política no plano local. Democracia e expressões cognatas, como solidariedade democrática, liberdade democrática, princípios democráticos ou garantias democráticas, aparecem nada menos que 28 vezes no Manifesto republicano de 1870. Um dos seus tópicos é intitulado a verdade democrática. Mas, sintomaticamente, nem uma palavra é dita sobre ‘a questão do estado servil’. É sabido, aliás, que os líderes do partido republicano opuseram-se, não só à Lei do Ventre Livre, como à própria lei de 13 de maio”. (Prefácio ao livro de: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007, p. 15/16).

240 Para ilustrar tal prática, procede o autor a ferenha crítica à postura do Congresso Nacional, que exige para o exercício direto da soberania, por referendo, plebiscito e iniciativa popular, o consentimento dos próprios representantes populares, como se a subverter-se a lógica do próprio sistema representativo. (Prefácio ao livro de: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*, p. 16/18).

leira e a suscitar a ideia de um “constitucionalismo ornamental”, destacando que a função limitadora e controladora do poder político, que é essencial à existência de uma Constituição, “jamais foi admitida na realidade política”, sendo substituída pela atribuição de legitimar o poder político já constituído e consolidado.

Para Comparato, jamais tivemos constituições autênticas porque o povo, que é o verdadeiro constituinte, nunca foi chamado à participação efetiva no cenário político, literalmente:

Em suma, nunca tivemos Constituições autênticas, porque o verdadeiro constituinte nunca foi chamado ao prosclênio do teatro político. Permaneceu sempre à margem, como expectador entre cético e intrigado, à semelhança daquele careteiro no quadro de Pedro Américo do Grito do Ipiranga. A Constituição tende a ser, em grande parte, apenas adereço à organização política do país, necessário e sem dúvida por razões de decoro, mas com função mais ornamental que efetiva no controle do poder. É essa, como disse excelentemente Faoro, ‘a mais grave de todas as formas de falseamento da soberania popular, aquela que usurpa a legitimidade’.²⁴¹

Em termos, num domínio de subversão política e econômica da constituição e do direito, nada admira o uso meramente retórico do fenômeno constitucional e dos direitos fundamentais que lhe são correlatos. Enquanto o neoliberalismo enquanto constitucionalismo contemporâneo apregoa a centralidade de tais direitos, uma vez já obtida a limitação do poder pela modernidade constitucional, o Brasil mantém-se preso ao emprego da constituição e dos direitos fundamentais de forma meramente retórica, como ideologia de legitimação de um poder desde muito instituído, dominante e aristocrático em gênese.

Entende-se aí, igualmente, as dificuldades de se falar em

241 Prefácio ao livro de: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*, p. 19.

constitucionalismo global no âmbito de uma ordem de Estado social ainda não sedimentada, aliada a uma democracia não concretizada. E, aliás, nem bem tais questões alçaram a condição normativa constitucional e, nacional e internacionalmente, já se apregoa sua falência a partir da crise do Estado social. Nisto, em que pese a autoridade com que J. J. Gomes Canotilho trata do tema, não se vislumbra como o Brasil pode, razoavelmente, desfazer-se da concepção inerente ao Estado social sem cair na armadilha de percepções liberalizantes com pretensões tão dominantes quanto as que sempre vislumbramos em nossa realidade histórica – aqui ressaltada.

De se indagar nisto, também, de qual constituinte se está a falar. Jamais poderemos chamar esse constituinte ao seu lugar sem lhe enxergar de forma nítida sua face polimorfa, mosaica, dissonante e por vezes autocontradita, mas por isto mesmo essencialmente democrática. Se a democracia se constituísse em uma fórmula permissiva apenas da maioria – por qualidade ou quantidade que a inspire e constitua – certamente não se permitiria ela ser afirmada na Grécia Antiga, assim como hoje, como a “menos ruim” das formas governamentais – com a devida vênua literária à correta formação gramatical designada “melhor”. Ela, fatalmente, se perderia no emaranhado dinamicamente polimorfo e continuamente transitório das sociedades que com ela já firmaram e que com ela firmam seus laços políticos, e, por tal, já teria passado à condição de nobre elemento meramente histórico.

Logicamente, para o caso brasileiro, “quid demokratia?” se constitui em uma indagação necessária e de trato difícil; mas é possível crer que a titularidade soberana recobra forças. Nisto nos diz

Comparato que, atualmente, as coisas tendem a mudar radicalmente, pois “o povo dá sinais – inquietantes para os defensores do tradicional domínio oligárquico – de que está prestes a acordar de seu sono letárgico, e se dispõe a reclamar a devolução da soberania usurpada”.²⁴²

Recobrar forças, para o caso em comento, significa, a nosso sentir, defender um Estado social forte, mantendo-se um processo imperativo de sua sedimentação, sendo esta qualificada pela democracia e sua centralidade humanista, o que depende de posturas protetivas e assertivas de cada uma das funções estatais pátrias. Essa necessidade, destarte, permeia uma realidade que acontece em toda a América Latina, sendo crucial seu fomento regional, a fim de proteger-se a democracia e seus consectários – dentre os quais o Estado social – no âmbito de uma ordem em processo de integração óbvia.

Consoante constatado por Jorge Carpizo, a democracia e o autoritarismo que lhe faz oposição têm se apresentado como realidades mais ou menos cíclicas, mas certamente, permanentes na América Latina, com a presença comum e renitente de governos militares, ditadores e autocratas. Tais fatos históricos permitem vislumbrar-se a presença de uma propensão democratizadora após a vitória das potências aliadas ao final da Segunda Guerra Mundial, circunstância esta sucedida por um período de predomínio autocrático no início dos anos 50. E, embora na metade dos anos 50 se tenha vislumbrado o retorno democrático de alguns países, a revolução cubana de 1959 inaugurou a vitória da doutrina da segurança nacional, com interferências militares na política, tal como sucedeu com o Brasil e com outros países, a

242 Prefácio ao livro de: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*, p. 21.

exemplo de Peru, Bolívia, Argentina, Uruguai, Chile, Equador, dentre outros.²⁴³

A partir do fim dos anos setenta o processo de democratização da América Latina teve novo curso, enfatizando-se nos anos 80, a exemplo do que sucedeu no Brasil, cuja redemocratização teve como marco temporal o ano de 1985. Nisto, na quase totalidade dos países latino-americanos passou a vigorar democracias de natureza eleitoral, as quais, no entanto, ainda não obtiveram êxito em vencer sérios problemas econômico-estruturais e políticos, tais quais a pobreza, a corrupção, o descrédito político-partidário, dentre outros. Aliás, assoma-se a isto o desrespeito ou desprezo generalizado quanto ao Estado de Direito, sendo comum a situação onde “todos querem que se aplique a lei ao vizinho, mas não a si ou a sua família ou amigos próximos”.²⁴⁴

Constata-se, aliás, que a democracia na maioria dos países latino-americanos não está consolidada. A preocupação deve-se à estreita relação entre a consolidação e manutenção da democracia e a realização dos direitos ou da justiça sociais, para o que se faz imprescindível um Estado forte, incompatível com a debilitação estatal produzida na América Latina a partir das políticas neoliberais. E a perspectiva do autor é pessimista quanto à consolidação de uma democracia forte na região em questão diante dos graves problemas sociais reinantes, apontando como compromisso geral a não aceitação de qualquer retrocesso diante dos avanços já obtidos na atualidade.²⁴⁵

243 Cf. CASAL H, Jesús. *La Cláusula de la Sociedad Democrática y la Restricción de Derechos Humanos em el Sistema Interamericano*, p. 09.

244 Cf. CASAL H, Jesús. *La Cláusula de la Sociedad Democrática y la Restricción de Derechos Humanos em el Sistema Interamericano*, p. 10.

245 Cf. CASAL H, Jesús. *La Cláusula de la Sociedad Democrática y la Restricción de Derechos*

De fato, os fenômenos da desigualdade econômica e social, eternizados pela corrupção política e pela ausência de instituições fortes capazes de promover o Estado social e a inclusão democrática inscritos nas constituições pátrias, são realidades inegáveis na América Latina e no Brasil. Essa realidade conglobante alcança todas as facetas da vida social e estatal, não podendo ser ignorada.

Conforme bem defendido por Müller, o “escândalo estrutural” decorrente da exclusão social não é um fenômeno de repercussão meramente política, possuindo perversos efeitos nas mais amplas esferas da sociedade, como sucede com o Brasil, em relação ao qual o mestre alemão produz contundente análise à luz da teoria sistêmica Luhmanniana:

O Brasil é estigmatizado amplamente pela exclusão primária. A práxis estatal, para-estatal e econômica ab-roga aos excluídos a dignidade humana e mesmo, na atuação do aparelho repressivo, a qualidade de seres humanos: assim, verificam-se a negação das garantias jurídicas e processuais, a perseguição física, as “execuções” sem processo e a impunidade dos agentes da opressão e das chacinas. As pessoas são consideradas como titulares de deveres, mas não são admitidas como titulares de direitos, especialmente quando mais têm necessidade disso. Mesmo as normas lhes aparecem quase que só nos seus efeitos limitadores da liberdade; mas, para elas, o acesso à proteção jurídica e os trâmites legais, assim como os direitos de participação política, só existem, praticamente, no papel. A constituição não integra eficazmente a economia e a sociedade, a política e o direito; serve somente aos superintegrados. Ela não impõe o código direito/não direito ao metacódigo inclusão/exclusão; o Estado, assim como o direito, estão submetidos aos imperativos da economia. O cúmulo do cinismo objetivo consiste, então, em classificar como “subversivos” movimentos, como o dos sem-terra, que reivindicam direitos que lhes cabem segundo a lei e a constituição. Note-se que tal realidade não é

mais um “Estado constitucional”, uma vez que a Constituição, desse modo, é excluída do nexo da legitimidade democrática. Na medida em que a sociedade é dominada, simultaneamente, por poderes de superintegração e subintegração, como ocorre, por exemplo, no Brasil e nos EUA – isso deslegitima o Estado não apenas no seu caráter de Estado de Direito, mas, decisivamente, já a partir da sua base democrática.²⁴⁶

A busca de recondução da Constituição ao seu “nexo de legitimidade democrática” a partir da busca jurisdicional de devolução da dignidade e da cidadania ao povo com base da concretização dos direitos humanos em sua amplitude inclusive global não pode, nesse sentido, ser considerada como atitude antidemocrática. O caso é inverso. Na verdade, a democracia brasileira, que decorre hoje de um processo de redemocratização recente, ocorrido a partir de 1985, é qualificada por Müller como “defeituosa”, como, realmente, o é.²⁴⁷

246 MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 114/115.

247 Para o autor, literalmente: “O Brasil teve de distanciar-se de um regime militar precedente e a elaboração e promulgação de sua constituição, como se sabe, ocorreram no contexto de uma transição pactuada, e não revolucionária. O peso quase opressivo do seu regime presidencialista conduz, em uma sociedade civil ainda insuficientemente organizada e mobilizada, ao que se chama, nas pesquisas sobre os processos de transição, democracia “defeituosa”, uma vez que a exequibilidade de uma política democrática fica prejudicada pela falta de estruturas próprias ao Estado de Direito. Infelizmente, o País já experimentou formas intermediárias entre a democracia e a dominação mais ou menos autoritária; felizmente os brasileiros não carecem de reflexão acerca dessas experiências, como indicam termos como *diábranda* e *democratura*. Uma base ainda forte dessas formas híbridas é a estrutura política, em grande parte arcaica: ela é constituída por uma casta de régulos estaduais, “caciques” que agem de forma clientelista nos estados-membros; por “representantes do povo”, cujos comportamento político nestes Estados, e também no plano da federação é, praticamente, não-controlável e que, por sua vez, conforma-se ao clientelismo regional e presidencialista. Para fazer frente a esse quadro, é importante que na esfera das “massas” mais ou menos organizadas, ou organizáveis, existam um interesse e um empenho reais pela democratização exitosa, ao menos com vistas ao longo prazo. Sem comunicação e cooperação com esse fator, nenhuma elite consegue manter-se no poder, indefinidamente. A democratização, que se constrói com mais chances de êxito “de baixo” do que “de cima”, processa-se precisamente a partir de uma multiplicidade de iniciativas de autoajuda, de auto-proteção, de afirmação dos direitos civis e de outras formas de resistência. Mas, justamente aqui a exclusão social é gravemente impeditiva e deve ser combatida com todas

De fato, conforme Piovesan, a América Latina “trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação”. O destaque da autora é para a reunião dificultosa de elementos como “reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais”, uma cultura de “violência e impunidade”, “baixa densidade de Estados de Direito” e “precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”.²⁴⁸

Essa combinação nefasta, destarte, que é bem conhecida dos brasileiros, é apontada por Piovesan como demarcada por dois períodos específicos, um inicialmente ditatorial, outro subsequente a este de “transição política aos regimes democráticos”, tido com o fim dos regimes ditatoriais militares na década de 80, como sucedeu com Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, por exemplo. Nisto, embora se tenha logrado êxito em instaurar o regime democrático na região em apreço, a efetivação desse regime não está concluída, de sorte que não basta “romper em definitivo com o legado da cultura autoritária e ditatorial”, o que por si só já é bem complexo: essencial se faz especialmente “consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos direitos humanos, amplamente considerados – direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.²⁴⁹

as forças, com vistas à realidade (futura) de um sistema democrático”. (MÜLLER, Friedrich. *A Democracia em Face da Exclusão Social*, p. 126).

248 PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana*. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 336/337.

249 Para a autora: “Em outras palavras, a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena

Fica bem patente a partir de tais elementos, a essencialidade do Estado social e da democracia, em especial permeados pelos direitos humanos, para a legitimação do poder estatal e para a consolidação do constitucionalismo contemporâneo e do Estado democrático de direito nas realidades latino-americana e brasileira. Mas essa necessidade tem sido contrastada, infelizmente, com uma forte teorização contrária e de influxos neoliberais que apontam a crise do Estado social como um indicativo de inservibilidade do Estado ao projeto garantístico das constituições dirigentes.

3.5.2 O Brasil e o Estado social à luz da revisão da constituição dirigente em J. J. Gomes Canotilho

Teoricamente, a catalogação e o incitamento da teoria constitucionalista que dá suporte ao Estado social são atribuídos ao grande jurista português J. J. Gomes Canotilho, que muita ce-leuma causou ao reposicionar sua famosa teoria da “Constituição dirigente”. Aliás, a obra que protagoniza essa mudança na abordagem paradigmática do autor, designada “Brançosos” e Inter-constitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, relata um problema sério e próprio dos limites da constitucionalização das ordens política e econômica:

Iremos ver que, mesmo na era da globalização, o problema de constitucionalizar uma ordem política e econômica através do direito continua a residir na assimetria entre a “res-

dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático. A América Latina é a região com o mais elevado índice de desigualdade no mundo, considerando a distribuição de renda” (PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas à Luz da Experiência Latino-Americana, p. 336/337).

ponsabilidade” imposta ao Estado de direito democrático no plano político, social e econômico, e as suas reais capacidades de actuação, agora num contexto global crescentemente compressor da modelação jurídico-política estatal em matéria de segurança, de liberdade e do próprio direito. ²⁵⁰

Na ideia de Canotilho, “o apego a cristalizações historicistas” é um dos elementos que conduzem à insuficiente compreensão do “novo direito constitucional”, citando como exemplo desse apego a consideração do Estado como “essência” das organizações políticas, isto com o objetivo claro de neutralizar os “devaneios de constitucionalismos supranacionais e globais”. Em outro norte, mas com objetivo símile, alguns atribuem ao Estado soberano a condição de “último reduto da defesa republicana da solidariedade social contra a desintegração social do ‘capitalismo global’”. E a ambas essas vertentes objeta Canotilho que é insuficiente “estar contra os ventos”; nesse caso, “é preciso navegar entre o Estado de direito e a República constitucional comercial, e compreender como a ‘fortuna’ e a ‘virtude’ se agitam no contexto das novas sociedades em rede” ²⁵¹.

O fato é que mesmo passando a manifestar-se praticamente contra o constitucionalismo dirigente, apresentando-o como contrário ao constitucionalismo global, Canotilho ressalta que os direitos humanos e a democracia fazem parte do acervo

250 CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

251 A importância do “elemento tempo” no âmbito das teorias do Estado e de Constituição são apontadas como uma tendência atual, negando o autor uma aceção historicista tendente a um eventual “sentido último e absoluto da constituição e do constitucionalismo”. Assim, toda constituição reuniria em si as condições de “presente do passado”, ante a memória histórica que carrega, de “presente do presente”, voltada que está para a conformação da ordem atual, e por fim de “presente do futuro”, no que se convola ao “proclamar tarefas e fins para o futuro”, convertendo-se em “lei para as gerações futuras”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 24/28).

constitucional sedimentado no mundo, sendo “standards vinculativos” perante qualquer retrocesso da civilização. Nada obstante, o que centraliza o novo conjunto de preocupações do autor é a aporia residente na impossibilidade estatal de satisfação da proposta dirigente, literalmente contextualizando a questão no âmbito da adequada temporalidade constitucional.

E sobre a crise do dirigismo constitucional – de bases teóricas criadas por ele próprio – Canotilho destaca o equívoco da expressão “Constituição dirigente”, especialmente por sua convação em “dirigismo programático constitucional” ou pela assunção de uma “narratividade emancipatória” onde o texto da Constituição deixaria de ser uma lei para fazer as vezes de “bíblia de promessas” de “novas sociedades” ou instrumento de transição para uma “sociedade mais justa”. Um segundo equívoco da “Constituição dirigente” estaria na sugestão de “autossuficiência normativa”, como se a prescrição constitucional de “programas, tarefas ou directivas constitucionais” obtivesse êxito em solver os dilemas do não cumprimento das promessas da Constituição. Um terceiro ponto ainda destacado pelo autor como problemático, embora não com uma sugestão direta de qualquer equívoco, diz da proposta dirigente de limitação do poder legiferante a partir da imposição constitucional de preceitos “suficientemente densos e determinantes para limitarem, em termos jurídicos, os ‘excessos’ do poder legislativo”²⁵².

252 Conforme Canotilho: *“Estas considerações não põem em causa o princípio da continuidade como postulado político relativamente a valores e a princípios constitutivos do ‘conceito ocidental de constituição’ e do constitucionalismo moderno. As aquisições da comunidade internacional no plano do jus cogens, no domínio dos direitos humanos, na densificação da juridicidade e da democraticidade, radicar-se-ão como aquisições constitucionais ou como standards vinculativos de ações e comportamentos perante quaisquer retrocessos civilizacionais. O problema central do constitucionalismo moderno é, porém, o de se po-*

Se nos parece que a não identificação desse terceiro item como um equívoco expresso advém da manutenção da crença do autor na limitação material que a Constituição impõe aos poderes constituídos, embora seja enfática a asserção do texto no tocante ao que ele chama de déficits teórico-dogmáticos do “programatismo” e do “directivismo” constitucionais. Mesmo assim é de se indagar que déficits são esses.

Ao buscar responder essa questão, Canotilho coloca-se na difícil tarefa de eleger a revisão da constituição dirigente ou o rompimento com tal teoria, mas em todo caso procede assertivamente à “defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”²⁵³ cujos delineamentos – ao que se nos parece – não se encontram ainda acabados.

Alternando-se entre críticas severas e moderadas ao pragmatismo constitucional, oscilando entre sua negativa peremptória e a adaptação teórica do modelo dirigente inicial, o autor procede a reflexões sérias, mas notadamente inacabadas quando se toma por referência os textos esparsos de “Brançosos” e interconstitucionalidade. A única coisa que fica bem clara ao leitor da referida obra é que a afirmada incapacidade estatal de realizar amiúde as promessas constitucionais conduz a uma postura cética perante a normatividade constitucional e perante o poder e potencial construtivo dos preceitos da lei maior.

der transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo facto de assentarem-se - e viverem de - pressupostos estatais que o Estado não pode garantir. Em palavras luhmannianas: as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 31/32).

253 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 100.

Preocupa-se Canotilho – daí sua pressa revisional – com os fracassos das constituições dirigentes, chegando a relatar tal fracasso como bem exemplificado na Constituição Mexicana de 1919 e também na Constituição Brasileira de 1988, especificando que tais diplomas “estão num ‘fosso’ sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres” e ainda que o dirigismo contratual só teria espaço na atualidade a partir de uma “compreensão crítica próxima do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo”.²⁵⁴

No entanto, não vemos como programatismo constitucional, ao qual não se resume o projeto de uma Constituição dirigente, pode significar um nacionalismo que prejudique a cooperação e interdependência entre os Estados, vez que a democracia, que se pauta no respeito à diferença e na igualdade, não pode ser cega aos problemas de desenvolvimento social e econômico atravessado por inúmeras democracias incompletas ou irrealizadas plenamente no mundo atual e, em destaque particular para o presente caso, na América Latina.

Que o “patriotismo constitucional” pode assumir muitas vezes uma vertente débil e indevidamente limitante de novas possibilidades não se nega, mas é de se discordar que a inter-

254 Qualificadas aí como uma “má utopia do sujeito projectante”, as constituições dirigentes teriam como equívoco central a colocação do Estado como “dirigente exclusivo” ou semi-exclusivo da sociedade, sendo o direito o “instrumento funcional dessa direção”, conduzindo-se tanto o Estado como o direito à “crise da política regulativa”, destacando em particular que a confiança exclusiva nas diretivas jurídicas significa “desconhecer outras formas de direção política”, como modelos de “autodireção social” e de “neocorporativismo” baseado em “regulação descentralizada”. O autor remete à ideia de “equivalentes funcionais do direito”, a par de sua crença na insuficiência deste para instrumentar a absoluta regulamentação da vida social. E continua apontando o que ele nomina de “fragilidades epistêmicas” da Constituição dirigente, ao destacar que esta padeceria de um “autismo nacionalista e patriótico” decorrente da estreita relação entre o dirigismo constitucional e a noção de Estado soberano. E insiste que o sistema programático em questão é um “sistema vaidoso de socialismo e planejamento nacional” contrário aos “contextos ‘envolventes’ internacionais, europeus e transnacionais”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 105/108).

nacionalização e a “mercosulização”²⁵⁵ no caso do Brasil tenha convolado nossa ordem nacional em uma “ordem parcial”, com cessão parcial da força normativa de nossa Constituição Federal em prol de “novos fenótipos político-organizatórios”. Uma coisa é “adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”, a depender da noção que se tenha de “estado nacional aberto”, coisa outra é promover ao desmonte teórico de todo um aparato normativo-axiológico que apresenta para com o constitucionalismo, o Estado, a sociedade e os direitos humanos uma relação indispensável de circularidade legitimante.²⁵⁶

Já se viu que um dos problemas apontados por Canotilho no tocante à Constituição dirigente é o fato de que sua teoria reporta em essência e quase que exclusivamente a “tarefas de Estado”. Destarte, embora reconheça o mencionado autor que “um ‘Estado em branco’”, ou sem fins específicos, seria um “Estado materialmente deslegitimizado”, objeta ele que admitir isto não é sinônimo de uma “esgotante concretização de tarefas estatais a nível de uma lei fundamental” e tampouco significa “monopoli-

255 Expressão empregada por CANOTILHO, J. J. Gomes, em: *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 110.

256 As expressões aspeadas são referências literais ao texto de CANOTILHO, J. J. Gomes. Nada obstante, a opinião expressa na frase é oposta à posição do referido doutrinador, assim expressa: *“A ‘internacionalização’ e a ‘europeização’, no caso português, e a internacionalização e a ‘mercosulização’, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’.”* (*“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 110)

zação estatal dessas mesmas tarefas”.²⁵⁷

Mas quando Canotilho reporta a não negação total da Constituição dirigente é preciso saber o que quer ele dizer com a ideia de identidade reflexiva aliada ao desenvolvimento constitucional. Ao que bem parece, o autor desenvolveu tal ideia em face do reconhecimento de que qualquer constituição possui “um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional”.

Essa identidade reflexiva seria, aliás, “a capacidade de prestação da magna carta face à sociedade e aos cidadãos”, sendo perturbada, por exemplo, por fórmulas de “narratividade antecipatória”, tais qual a meta inicialmente contida na Constituição Portuguesa de 1976 quanto à transição para o socialismo.²⁵⁸

E, indagando-se quais seriam as “linhas de força” desse constitucionalismo reflexivo, indica o autor três pontos centrais que o mantêm inarredavelmente próximo de uma teoria material da legitimidade constitucional. O primeiro desses pontos centra-se na afirmação de que, mesmo que não possa a constituição ser um “documento sagrado ou um condensado de políticas”, não pode ela – a constituição – deixar de indicar “exigências mínimas” atinentes

257 CANOTILHO, J. J. Gomes, em: *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 113/116. Na referida obra, um outro equívoco que diz o autor ser corrente na teoria da Constituição dirigente, inclusive quando aplicada em nível de Brasil, é a consideração da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais de forma a se considerar a imposição da Constituição como uma lei. O esclarecimento posto no texto é que autoaplicabilidade não exclui “a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei”, vez que uma tal compreensão implicaria em “alongamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de interposição legislativa” (*“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 117/118).

258 A busca do autor é, obviamente pela conciliação da “ética de convicção”, que conduz à “grandiloquência das palavras” constitucionais, com a “ética de responsabilidade prática”, que deve produzir um efeito constitucional concretizante, mas, contrariamente, tem se envolvido em utopias escritas regada à “fraqueza dos actos”, em constituições não cumpridas. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 120/123).

ao que não está disponível às maiorias parlamentares. 259 Num segundo norte, coaduna o autor com a necessidade de se especificar constitucionalmente determinadas “ilhas de particularismo” constitucionais, tal como sucede com os preceitos atinentes às minorias ou aos “excluídos”, apregoando o papel constitucional de exprimir determinados condicionantes morais da sociedade organizada.²⁶⁰

Por fim, sinaliza o autor para um novo papel a ser desempenhado pela sociedade civil no solucionamento dos conflitos sociais e na realização das promessas modernas, inclusive constitucionais. Embora de maneira pouco específica, em tal mote parece o autor aludir à uma despublicização do mundo da vida, a fim de subtrair do Estado e do direito uma força regulatória cuja amplitude alcançada é dita provocante de uma séria crise.²⁶¹

259 Para o autor: *“Uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (constitucional essencial, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações”*. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 126).

260 Literalmente: *“Uma constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares. Todavia, e tendo sobretudo em conta o incumprimento do próprio projecto da modernidade em alguns países, a Constituição não teria de incorporar um projeto emancipatório sob a forma de ‘constitucionalização dos excluídos’, mas uma teoria da justiça edificada sobre a indiferença das condições particulares. A nosso ver, uma completa desregulação constitucional dos ‘excluídos da justiça’ legitima uma separação crescente dos in e do out e não fornece qualquer arrimo à integração da marginalidade. Precisamente por isso, as “ilhas de particularismo”, detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos, crianças, grávidas, trabalhadores -, não constituem um desafio intolerável ao ‘universal’ e ao ‘básico’, típico das normas constitucionais. Exprimem, sim, a indispensabilidade de refrações morais ao âmbito do contrato social constitucional”*. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, p. 126).

261 Assim: *“Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, através*

Já no caso do Brasil, o autor destaca compreender a posição dos autores brasileiros, analisando a situação a partir do indicativo de que distingue Estado e Constituição, embora a premissa sobre a qual se assentam as críticas brasileiras passem pela profunda identidade entre a teoria constitucional e a teoria do Estado. Fala ele, em trecho que vale conferir, em “concordância na discordância”:

Como conversar com os parceiros de diálogo brasileiros? O primeiro ponto de ordem terá, em minha opinião, de ser colocado da seguinte forma: quais as representações ou imagens do Estado e da Constituição que transportamos para a controvérsia? E quais as funções explícita ou implicitamente acopladas a essas representações? O esclarecimento prévio deste ponto servirá, desde logo, para afastar alguns mal-entendidos. As “imagens” e representações do Estado e da Constituição são, como sabemos, “construções intelectuais” e não “descrições da realidade”. Devidamente contextualizadas, elas transportam, desde logo, um ímpeto político-ideológico particularmente forte. No caso concreto do Brasil, a dimensão política da “constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante,

de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade - onde ele não se realizou - nas condições complexas de pós-modernidade. Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de “eficácia reflexiva” ou de “direção indireta” - subsidiariedade, neocorporativismo, delegação - podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade, apoiando e encorajando também a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para ações e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projeto emancipatório das constituições vai continuar num contexto e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças, aí, está de novo, nos “quatro contratos globais”: Referimo-nos ao contrato para as “necessidades globais” - remover as desigualdades -, o contrato cultural - tolerância e diálogo de culturas -, o contrato democrático - democracia como governo global -, e contrato do planeta terra - desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 127/128).

quando associada à ideia de estatalidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos à estatalidade articulada com o projecto da modernidade política. Esse projecto, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialético”) através da categoria político-estatal. Respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. A “Constituição dirigente” permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social -, não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social). Colocada assim a questão, compreendemos as angústias dos autores de países de “modernidade tardia”. A Constituição dirigente desempenhará uma função de compreensão incontornável relativamente às tarefas do Estado (“Estado social”, “Estado Ecológico”, “Estado de Saber”). Mas não só. Recortam-se, igualmente, os instrumentos (e os métodos!) para a persecução destas tarefas (políticas públicas de ensino, trabalho, saúde, segurança social).

A nosso sentir, também a jurisdição constitucional possui um compromisso com tais “linhas de força”, particularmente com as duas primeiras supra apontadas, devendo desenvolvê-las não apenas a partir da Constituição, mas de todo e qualquer documento humanitário que seja recebido pela abertura constitucionalista integrativa, embora não se ignore que essa mesma recepção se deve operar a títulos e sob condições variados, não necessariamente postos ao mesmo nível dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional interno.

De toda sorte, do ponto de vista democrático, a crise atravessada pelo Estado Social não é um problema de solução meramente interna ao sistema jurídico. Ele passa, necessariamente, por um redimensionamento do papel da sociedade civil na re-

solução dos problemas de interesse coletivo. Passa ainda por um repensar do papel do Judiciário, com a conscientização social de que nenhum poder poderá, por si só e de forma autista, solver as questões sociais para as quais existe todo um aparato social próprio, particular. A sociedade e o Estado utilizam-se do direito para conformação, organização e estabilização social enquanto instituição formal de prevenção e solução de conflitos, mas não se trata de uma atividade onipresente e automática. Em razão disto, a sociedade possui um papel significativo no desenvolver de uma ética própria capaz de manter esta mesma ordem, no fomento ao respeito dos direitos humanos, no fomento à tolerância, à dignidade e à diferença, reajustando-se os papéis sociais sob o pálio do reconhecimento do papel de cada ator social.

A apatia jurídica se perfaz em comportamento tão nefasto quanto a apatia política e social, pois ambas gestam uma ideia generalizada de que a única forma de solução para os problemas sociais reside na ação estatal, principalmente por meio da produção jurisdicional. Também o direito precisa realinhar sua dogmática à realidade contemporânea, contribuindo para o processo educativo e inclusivo da sociedade.

Considerações Finais

Ao longo de todo o texto aqui desenvolvido, laborou-se na pesquisa e na fixação dos elementos de legitimação democrática relacionados com o reconhecimento e a efetivação dos Direitos Humanos. Para bem conduzir essa tarefa, muitas foram as premissas que se buscou estabelecer e não poucas foram as conclusões extraídas dos estudos realizados, as quais merecem, neste átimo, uma sinopse avaliativa. Assim, especifica-se sob análise resumida, o seguinte:

I - Estabelecer um conjunto conceitual que consiga açambarcar toda a gama de direitos atualmente reconhecidos como de titularidade humana é uma tarefa árdua e dependente de um grau de abstração extremo. Daí porque algumas características centrais de tais direitos, ao mesmo tempo em que lhes permitem a universalização, também lhes contrapõem à multiplicidade e à complexidade da realidade contemporânea, de sorte que a eleição de uma fórmula genérica que açambarque todas as possíveis conotações da expressão “direitos humanos” acabaria por ignorar as aporias e paradoxos que a temática carrega consigo.

Perante as dificuldades e dissensos de uma sociedade supercomplexa, a preservação de uma conceituação ampla apresenta-se mais adequada. Propõe-se, assim, uma abstração que reside no limite entre o excesso e a necessidade, impondo sempre a intermediação razoável e certa do jurista no intento justo de realizar o encontro adequado entre a idealidade da abstração e os mandamentos da realidade.

II - Para fins terminológicos e de especificação das esferas de proteção do Direito Constitucional, de caráter interno, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de feição internacionalista, trata-se os direitos fundamentais como direitos que, embora humanos, apresentam-se positivados a nível constitucional, deixando-se claro que o tema abordado tem relação com o que aqui se conceituou como “Direitos Humanos” enquanto direitos integrantes da ordem internacional global.

III – Historicamente, os direitos humanos constituem-se em fórmula cujo emprego tem significado próprio na limitação do poder estatal. Nisto, o serviço prestado por tais direitos ao constitucionalismo prospectivo e ao Estado Social, na contemporaneidade, não diferem em muito, em sua forma, do aporte ofertado ao Estado mínimo do constitucionalismo liberal, sendo dever do jurista eleger um vislumbre de tais direitos que não seja neutro, asséptico ou vazio de conteúdo, privilegiando a democracia em uma vertente material.

A primeira fase da evolução humanista relacionou-se ao jusnaturalismo moderno, onde o homem tem direitos decorrentes de sua própria natureza e que não podem ser ignorados sequer por ele mesmo. Essa ligação jusnaturalista dos direitos humanos os remetem a enfáticas acusações de se constituírem eles em meras pautas éticas ou filosóficas desprovidas de concretude e vinculatividade. Referida análise, no entanto, não localiza esses direitos de maneira devida no âmbito do constitucionalismo global contemporâneo, tratando-se de uma pré-noção equivocada.

A conversão dos direitos naturais não escritos em direitos positivos devidamente reconhecidos alia esses direitos ao

positivismo, desaguando na sua concretização em constituições modernas. Essa proteção constitucionalista, de âmbito nacional, evoluiu para um processo de internacionalização que tem como referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual elege a dignidade da pessoa humana como fundamento último do reconhecimento dos direitos que assinala. Já a atual posição histórica dos direitos humanos corresponde a um processo de especificação, correspectiva a uma crescente multiplicação de tais direitos, levando-se em consideração, mormente, a sua múltipla titularidade subjetiva e o pluralismo democrático.

IV – Numa compreensão crítica, quando restaram assimilados pela ideologia liberal capitalista, sendo empregados como instrumentos da luta de classes burguesa, os direitos humanos perderam muito de seu potencial libertário, o qual é ainda muitas vezes mitigado pelas forças políticas e econômicas que reclamam seu discurso de forma meramente retórica. A distância entre a teoria e a prática dos direitos humanos coloca em dúvida seus princípios e suas promessas.

Entretanto, fazer com que os direitos humanos instrumentalizem uma luta democrática e libertadora, vertida à realização da dignidade humana, da igualdade, do pluralismo e da cidadania enquanto valores essenciais do Estado Democrático de Direito é um dever do jurista comprometido com a sociedade à qual pertence.

V – É incorreto o apregoamento de que as pretensões de universalidade dos direitos humanos lançam sobre eles a pecha da impraticabilidade, sentenciando-os a um mero elemento da cultura ocidental. A teoria dos Direitos Humanos, que verte à

proteção universalista, não ignora a historicidade dos direitos que defende, nem apregoa a eliminação do pluralismo.

A defesa do pluralismo é vertente da não-discriminação enquanto variação da igualdade e instrumento de realização do princípio da dignidade. De tal sorte, a afirmação da valorização cultural não implica em permissão para violação dos direitos humanos em sua centralidade, por mais difícil que seja definir essa centralidade e alcançar um consenso a seu respeito.

VI - Se desprovida de significado específico ou prenhe de quaisquer sentidos a democracia convola-se em um nada absolutamente cego e surdo aos fins e valores que justificaram seu surgimento, que possibilitaram sua sedimentação e que proclamam sua continuidade. A desconstrução própria da assim chamada “crise pós-moderna” não pode conduzir a esse vazio.

Que estamos bem longe de concretizar um governo que realmente seja efetivado pelo povo é fato, mas não se pode ignorar que o mundo deontológico – junto seus valores e ideais - também integra o fenômeno democrático. As metas valorativas deste fenômeno o sustentam, entretanto, de uma forma que, embora não gere um conceito imutável, permite distingui-lo dos demais sistemas. Assim, impulsionada pelo que deve ser, a democracia permite-se ir para além do que ela é, estando em constante processo dialético de aprimoramento em busca de um governo efetivado pelo próprio povo.

VII - No âmbito dos direitos humanos, a democracia é tratada como uma exigência imposta a cada governo ou país, sendo marcante a presença a composição de inúmeros documentos internacionais que conferem ao fenômeno democrático condições

múltiplas, apresentando-o como forma ou sistema de governo, direito-dever, cláusula social ou critério interpretativo. Esses documentos ofertam-lhe igualmente um conteúdo essencial, marcado pela especial busca de meios adequados e ampliados de realização do governo popular, elencando meios próprios para concreção democrática e lançando as bases ideais e valorativas que dão suporte ao referido fenômeno.

Pluralismo, diversidade, defesa das minorias, correção ética, desenvolvimento da justiça social, todos estes são elementos centralizadores da dignidade humanística transportados a título global para a percepção da democracia na compreensão desta enquanto cláusula social internacional e enquanto direito da humanidade. Nisto, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a democracia evolui de um plano meramente formal, onde é compreendida como mero sistema político de governo, para um plano contemporaneamente material, compreendida como um direito a ser protegido e efetivado.

VIII - A questão crucial da democracia reside em como manter e consolidar o vínculo entre a atribuição nominal do poder e o exercício real deste mesmo poder. E, na compreensão do presente trabalho, quando o Poder Judiciário garante direitos reconhecidos devolve ao povo o seu poder, reconhecendo-o e buscando libertá-lo de condições de desigualdade e exclusão incompatíveis com o princípio democrático.

Assim, embora não se ignore a importância dos mecanismos de realização direta da soberania popular, a especificidade do tema tratado volta-se ao reconhecimento da parcela de exercício popular-soberano que reside na concretização jurisdicional

dos direitos humanos. Em tal contexto, exsurge o povo na condição de instância de legitimação do poder responsável por tal concreção.

IX - Também a partir da concepção que lança o povo no centro da realização democrática e participativa cabe falar-se na sociedade civil enquanto âmbito social onde reside o povo enquanto instância legitimatória do poder. O papel de tal sociedade no âmbito do Estado social a conduz a um forte protagonismo democrático, pois é certo de que desde muito a apatia política e o individualismo excessivo se apresentaram como inimigos ferrenhos da democracia.

Mesmo enfatizando-se a participação, opta-se, terminologicamente, por trabalhar a democracia sem adjetivações adicionais. A nosso sentir, aliás, a democracia contemporânea exsurge prenhe de adjetivos necessários – todos com justas pretensões de realização: ela é representativa, participativa, constitucional e pluralista, apenas para lembrar os principais acompanhamentos obrigatórios da materialidade democrática.

X - O respeito à diferença e aos direitos considerados ínsitos à dignidade humana, inclusive em nível mundial, transportam os direitos humanos para um nível de inegociabilidade determinante, este fortalecido a partir da evidência de que a regra da maioria não é exclusiva dos sistemas democráticos e tampouco se perfaz ela em único instrumento ou parâmetro plausível para tomada de decisões coletivas.

XI - O constitucionalismo atravessou e continuará atravessando, enquanto perdurar em sua junção com o Estado, modificações e mutações condizentes com os momentos históri-

cos, sociais, econômicos e jurídicos perpassados pelas sociedades em que se sedimentou. Daí porque ele se inicia como um fenômeno de centralidade liberal, passa a uma concepção sociológica predominante e deságua, atualmente, no que – sem consensos – se tem chamado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo.

Nisto, o elemento mais forte desse fenômeno constitucional atual é exatamente a ocorrência da constitucionalização do direito, com a presença de uma constituição que se espalha pelo ordenamento, influenciando doutrina, lei, jurisprudência e atores sociais e reorientando os critérios de interpretação clássicos. Isto gerou uma hermenêutica particular, distinta daquela destinada exclusivamente às leis, onde os princípios são amplamente valorizados por sua carga axiológica, fundamentando o sistema constitucional.

Embora em todos os tempos as questões axiológicas, valorativas, especialmente a partir de critérios de justiça e de humanidade, estivessem presentes, não se tem notícia de que o estejam em conformação de tamanha complexidade e pluralidade como a que se desenha no contexto contemporâneo. Certamente, a conflituosidade social, jurídica e política se vê enfatizada pela pluralidade e diversidade únicas de uma assim chamada pós-modernidade. De tal sorte, estão entre os maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo encontrar formas específicas e adequadas à promoção de uma convivência harmoniosa no âmbito dessa complexa tessitura social, econômica, política etc.

XII - A partir da internacionalização dos ordenamentos jurídicos, é imperativo sopesar as dificuldades do apregoado

constitucionalismo global em face do Estado-nação ou da própria teoria do poder constituinte e suas limitações.

Embora não se negue que a teoria do poder constituinte possa ser revisitada, a fim de que se conduza a construção estatal à esfera global de um direito das gentes, entende-se aqui que os elementos necessários ao estabelecimento desse poder em nível global ainda não estão presentes, embora aconteçam em aspectos regionais, a exemplo da Comunidade Europeia.

Como o suporte de globalidade e internacionalidade inerentes aos Direitos Humanos, além de ser democrático, dá ênfase aos limites e dificuldades do Estado Nacional, as benesses que tais direitos conduzem a esse Estado dependem sobremaneira de uma adesão libertária e revolucionária ao seu conteúdo e à sua concretização enquanto elementos legitimantes do exercício de quaisquer formas de poder estatal e não-estatal.

XIII – Haja vista a não consolidação do Estado democrático e social de direito no Brasil, e considerando a crescente complexidade da sociedade contemporânea diante de um Estado letárgico em suas funções executiva e legislativa, multiplicam-se as demandas jurisdicionais que vislumbram no âmbito judiciário o recurso necessário ao cumprimento dos programas constitucionais que se ancoram na força normativa da Constituição.

O resultado dessa demanda é a atribuição de uma crescente importância ao Poder Judiciário e ao Supremo Tribunal Federal em particular, que exsurge renovado em seus instrumentos de realização do controle de constitucionalidade, assumindo um papel atuante no tocante ao respeito e à realização dos direitos fundamentais, passando a enfrentar com mais frequência também as

particularidades dos direitos humanos, especialmente pela crescente recepção em nosso ordenamento jurídico das normas internacionais voltadas à efetivação ora tratada.

Em tal contexto, um dos maiores desafios da jurisdição constitucional atual reside, precisamente, em atender aos reclames sociais, reais, de efetivação de direitos, ampliando e modificando sua esfera e seu alcance de atuação, sem que com isto venha a prejudicar as bases de sua legitimação democrática.

XIV - Diz-se que no centro do Estado democrático de direito contemporâneo está uma prática que segue para além do positivismo e que, nominada ou não de neoconstitucionalismo, volta-se à concretização constitucional, a fim de transformar a realidade a partir da realização dos direitos fundamentais, os quais, a nosso sentir, devem ser substituídos nessa locução pela expressão mais ampla e includente, correspondente aos direitos humanos.

A regra contramajoritária, confiada ao Poder Judiciário para a proteção dos direitos humanos, possibilita a contenção, por imposição de limites, ao poder decisório confiado às maiorias, o qual não pode ser exercido de forma absoluta. Aí se entende por democrática a postura jurisdicional que protege a Constituição enquanto expressão maior da vontade popular que instaura o Estado Democrático de Direito. Ademais, o mito da representatividade no âmbito da democracia já restou desde muito debelado, havendo inclusive outras formas de se estabelecê-la – a representação -, inclusive por meio da defesa de direitos sedimentados constitucionalmente por essa mesma vontade.

Referências

AGUIAR, Asdrúbal. La Democracia del Siglo XXI y el Final de los Estados. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Norberto Bobbio: O Filósofo e a Política*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo (Dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo: Método, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France* [1790]. Penguin Classics, 1986

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 3 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Coord). *Neoconstitucionalismo*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTANT, Benjamim (Trad. Eduardo Brandão). *Escritos de Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CARPISO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: Tendencias Actuales del Constitucionalismo Latinoamericano. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAHL, Robert (Trad. Beatriz Sidou). *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOUZINAS, Costas (Trad. Luzia Araújo). *O FIM dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009, p. 22.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURIGUETO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e Democracia: um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Fundamentais: Do discurso teórico à prática efetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006

GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 1997, p. 12.

GONÇALVES, William Couto. *Gênese dos Direitos Humanos na Antiga Filosofia Grega*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2013.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portela. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. Promovendo a Democracia no Mercosul: Desafios Teóricos, Institucionais e Políticos. Apud. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2 ed. Campinas: Minelli, 2005.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o governo. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1995.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Curso de Direito Internacional Público: uma visão sistemática do Direito Internacional dos nossos dias*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MASSUD, Leonardo. *Universalismo e Relativismo Cultural*. In *Direitos Humanos*, Volume II. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

NEVES, Marcelo (Coord). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NOIR, Soraya. *À Paz Perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OUTHWAITE, William & BOTTOMORE (ed.), Tom. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996,

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho & DIMOULIS, Dimitri. *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. 1.

RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John (trad. BORGES, Luís Carlos). *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SARAIVA, Paulo Lopo. *A tetradimensionalidade do Direito*. 1 ed. Rio Grande do Norte: Coleção Jurídica do Semi-árido Nordeste, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, volume I, Tomo II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: 1. O debate contemporâneo*. (Trad. Dinah de Abreu Azevedo). São Paulo: Ática, 1994

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1 ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÓFOCLES (Trad. Millôr Fernandes). *Antígona*. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 25/26.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Jurídica: Condições e Possibilidades para Obtenção de Respostas Constitucionalmente Adequadas (Hermenêuticamente Corretas)*. SILVA, Christine Oliveira Peter da & CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: MP Editora, 2010.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a Democracia?* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VELOSO, Bárbara Lou da C. & DARWICH, Ana (Coord). *Direito e Democracia: estudos sobre o Ativismo Judicial*. São Paulo: Método, 2011.

VENTURINI, Carlos. *Direitos Humanos: percepção da opinião pública*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *A essência da Constituição no pensamento de Lassale e de Konrad Hesse*. Revista de Informação Legislativa, n. 139, jul./set. 1998, p. 71/81.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos* (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2007

WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



Fernanda Abreu de Oliveira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Advogada (Araújo, Soares, Barreto e Abreu Advogados Associados S/C). Presidente da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Subseccional Mossoró. Coordenadora do Núcleo Docente Estruturante da FAD – Faculdade de Direito (UERN). Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Núcleo de Estudos sobre a Mulher “Simone de Beauvoir”. Membro do Projeto de Extensão “Socializando o Direito”. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado, Segurança Pública e Cidadania (UERN) e da Clínica de Direitos Humanos (Grupo de Pesquisa – UFPR). **Editora-chefe do Boletim Transjurídico “123tEXTANDO” (www.123textando.com.br)**. E-mail: fernandaabreu@uern.br. Instagram: [@fernanda.abreu.oliveira](https://www.instagram.com/fernanda.abreu.oliveira)