

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO LEGÍTIMO
DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

MÍLARD ZHAF ALVES LEHMKUHL

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MÍLARD ZHAF ALVES LEHMKUHL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor José Antônio Savaris

Itajaí-SC
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela possibilidade de experiências nesta vida.

Agradeço a UNIVALI pelas aprendizagens na Graduação, na Especialização e agora no Mestrado. Agradeço ainda a possibilidade de fazer parte do corpo docente de sua graduação em Direito.

Agradeço aos colaboradores do PPCJ por todo o apoio e estruturação que me foi concedida, sem a qual o desenvolvimento e término das disciplinas, assim como desta dissertação, não teriam se realizado. Um especial agradecimento ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz pela sempre bem humorada, responsável e qualitosa forma de conduzir os Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica.

Agradeço a todos os professores que ao longo das disciplinas que foram sendo cursadas incentivaram os alunos a desenvolver o senso crítico e de pesquisa, na busca de ampliarem seus conhecimentos e promoverem o progresso da Sociedade Civil com a indicação de soluções para os seus variados problemas. Agradeço em especial ao Professor Doutor José Antônio Savaris pela dedicação na orientação desta dissertação. Um agradecimento especial também ao aluno da graduação, já bacharel em direito, Cleiton Gean de Almeida, pelo seu apoio na coleta de material para esta pesquisa.

Por fim, e com não menos importância, agradeço a todos os amigos, familiares e colegas de escritório, que com paciência e compreensão souberam conviver comigo e com minhas ausências ao longo desta jornada.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus grandes amores, que souberem compreender minha necessidade de estudo e com amor me apoiaram incondicionalmente: Fernanda, minha esposa, Enzo Zhaf e Maria Fernanda, meus amados filhos. Amo vocês!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 14 de abril de 2014

Mílard Zhaf Alves Lehmkuhl

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo: *significa a postura ativa e criativa a ser adotada pelo Poder Judiciário na busca de concretização dos direitos fundamentais (em todas as suas dimensões), ainda que suas ações tenham que, em certos casos, corrigir e/ou usurpar algumas funções políticas destinadas originariamente aos outros Poderes.*

Constituição: *lei maior, lei fundamental e suprema de um Estado, a qual condiciona e é o centro de validade formal e substancial de todo sistema jurídico interno. Seu conteúdo é direcionado para a organização do Estado; a aquisição, distribuição e limitação dos poderes; a forma de governo; a previsão de direitos, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos.*

Democracia: *compreendida como democracia constitucional e também como Sistema Democrático, representa mais que uma forma de governo “do povo”. Condiz também a um meio de diálogo entre a Sociedade Civil e o Estado. Serve para nortear a forma de organização, distribuição e limitação os poderes do Estado, conforme regras previamente estabelecidas de acordo com os interesses das maiorias (validade e legitimidade formal da norma), mas sempre protegendo (com proibições e prestações) os direitos das minorias (efetividade e legitimidade material da norma), expressos nos textos constitucionais (núcleo legal e axiológico do ordenamento) na forma de direitos fundamentais, valores maiores da Sociedade Civil, bem maior a ser defendido e assegurado pelo Estado.*

Dignidade da pessoa humana: *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Sociedade Civil, implicando, num complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.*

Direito: *conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos que, somados, formam o*

ordenamento jurídico, cujo objetivo é criar uma realidade normativa destinada a estabelecer um modelo de atuação aos membros da Sociedade Civil. Serve para apontar aos cidadãos como eles devem agir (ou não agir) para uma convivência pacífica, apresentando um sistema de controle de tendências de dissociação que surgem dos conflitos sociais.

Direitos Fundamentais: proposições morais justificadas sobre a dignidade humana dotadas de eficácia e efetividade. Traduzem os direitos humanos, os direitos do homem, incorporados pelas Constituições com o intuito de legitimar e guiar as ações do Estado.

Estado: ordem política originada da Sociedade Civil. Surgido na modernidade por interesse dos homens (inicialmente como organização dos poderes do Estado e depois como limites e vínculos do poder do Estado), tem ele hoje (Estado contemporâneo) a função de exercer e controlar o poder político originado da Sociedade Civil, criando normas e ações (positivas e negativas, protetivas e prestacionais), assim como resolvendo conflitos, com o intuito de regular a vida dos seres humanos na promoção da sua dignidade e da paz social;

Ética: decorre da compreensão de a ação ou omissão do Estado estar de acordo com os valores morais, positivados nas Constituições como direitos fundamentais.

Judicialização da Política: significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo

Judicialização dos direitos fundamentais: significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Justiciabilidade: a possibilidade que o titular de um direito fundamental tem de procurar obter por ações judiciais a eficácia e a efetividade de seu direito fundamental em certa situação.

Mínimo existencial: garantia que os cidadãos têm de que o Estado lhes promova políticas públicas e crie regras que lhes assegurem um conjunto mínimo de direitos socioambientais que possibilitem ao homem ter uma vida digna e, ainda, que lhe capacite para, por si só, poder realizar o seu progresso.

Neoconstitucionalismo: movimento político, filosófico, social e jurídico, destinado a limitar os poderes do Estado mediante uma Constituição e, ainda, por esta lei maior, impor a este Estado a efetividade aos direitos fundamentais como meio de assegurar a dignidade humana;

Pós-modernidade: período que marca o surgimento de um novo modelo de Estado (de Direito e de Constituição). Representa o movimento intelectual que criticando a modernidade e a sua visão estática em relação a sociedade em movimento, aponta para a necessidade de uma nova forma de analisar o Direito, o Estado e a Constituição, sobre o mundo plural, seus avanços tecnológicos, suas mudanças, suas pluralidades.

Pós-positivismo: movimento jurídico surgido a partir do século XX e fortalecido no XXI, que faz surgir novas compreensões sobre os princípios, as normas e os valores, assim como dotado de técnica de hermenêutica argumentativa e da Teoria dos Direitos Fundamentais, destinado a criar novos paradigmas para a visão do Estado, da Constituição e da Sociedade Civil.

Reserva do possível: limite ao exercício (proteção e efetivação) dos direitos fundamentais em relação a capacidade orçamentária e organizacional do Estado em conseguir promover esses direitos mínimos para uma vida digna.

Sociedade Civil: “locus” onde os indivíduos dinamizam suas relações sociais, econômicas, políticas e interpessoais, ou seja, onde acontecem as mais variadas modalidades relacionais, as quais interessam ao Estado na busca da manutenção da paz social e da consagração dignidade do ser humano. A Sociedade Civil é algo interposto entre o indivíduo e o Estado, menor que aquele e maior que esse se analisada como medida de valor. Na realidade atual essa sociedade é plural, dinâmica, globalizada, informatizada, informada e heterogênea, de relações extremamente complexas e mutáveis dia a dia;

SUMÁRIO

RESUMO	p. 11
ABSTRACTO	p. 12
INTRODUÇÃO	p. 13
1 O SURGIMENTO DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL	p. 17
1.1 ANÁLISE TEÓRICA.....	p. 18
1.2 ANÁLISE HISTÓRICA.....	p. 30
1.3 ANÁLISE CONJUGADA DO ESTADO, DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO	p. 43
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE	p. 66
2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 66
2.2 SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 73
2.3 TIPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 86
2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA BIFRONTALIDADE.....	p.105
3 O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO ATIVISMO JUDICIAL	p. 118
3.1 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	p. 118
3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	p. 128

RESUMO

O presente trabalho, que está vinculado a linha de pesquisa sobre o Constitucionalismo e Produção do Direito, destina-se a investigar a possibilidade do exercício legítimo do ativismo judicial pelo Poder Judiciário. O estudo inicia discorrendo sobre as fundamentações teóricas e históricas para o aparecimento do Estado e, na sequência, busca evoluir a compreensão deste desde antes de seu surgimento até os dias atuais, no qual detecta a existência de um modelo Democrático de Direito por parte do Estado. Nesta forma contemporânea, envolvido pelos ideais neoconstitucionalistas, o Estado passa a ver na Constituição o centro de validade não apenas formal, mas também substancial de todo o Ordenamento Jurídico. Esse aspecto substancial decorre do caráter axiológico e principiológico que os direitos fundamentais representam. Assim, faz-se uma análise dos direitos fundamentais, partindo de sua historicidade e classificação, para resultar na descrição de um de seus aspectos, o da bifrontalidade, pelo qual se verifica a importância dos direitos fundamentais como fatores de legitimação das atividades do Estado contemporâneo. Alicerçado nestes pilares do conhecimento, apresenta-se uma análise sobre o conceito pós-moderno de democracia (constitucional), fixando-o como um elemento integrante da concepção de Estado Democrático de Direito. Estabelecido este panorama, chega-se ao resultado de que o Poder Judiciário em tempos de democracia constitucional deve ser ativista, criador do direito frente ao caso concreto sempre que isso se fizer necessário, o que se dá quando estão em debates questões que envolvam direitos fundamentais e que não tenha havido uma ação eficiente do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Analisa-se o que venha a ser ativismo judicial, suas críticas e elogios, bem como se fixa os contornos de seu desenvolvimento legítimo.

Palavras-chave: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; DIREITOS FUNDAMENTAIS; ATIVISMO JUDICIAL

ABSTRACTO

Lo presente trabajo, que está vinculado a la línea de investigación sobre el Constitucionalismo y la Producción del Derecho, destinase a investigar la posibilidad del ejercicio legítimo del activismo judicial por parte del Poder Judicial. El estudio se inicia con la discusión de los fundamentos teóricos e históricos para el surgimiento del Estado y, en secuencia, trata de desarrollar la comprensión de esto, desde antes de su creación hasta nuestros días, detectando la existencia de un modelo democrático de derecho por parte del Estado. De esta manera contemporánea, envuelto de los ideales neoconstitucionalistas, el Estado pasa a ver en la Constitución o centro de validez no sólo formal, sino también sustancial todo lo Ordenamiento Jurídico. Este aspecto importante se deriva de lo carácter axiológico y principiológico que representan los derechos fundamentales. Así, se hace un análisis de los derechos fundamentales, de su historia y su clasificación, para llegar a la descripción de uno de sus aspectos, su bifrontalidad, por el cual verifica la importancia de los derechos fundamentales como factores de legitimación de las actividades del Estado contemporáneo. Fundamentada en estos pilares del conocimiento, presenta un análisis del concepto posmoderno de la democracia (constitucional), fijándolo como parte integrante de la concepción de un Estado democrático. Establecido este marco, se llega al resultado de que el poder judicial en la época de la democracia constitucional debe ser activista, creador de lo derecho cuando ello sea necesario, lo que sucede cuando están en discusión asuntos de derechos fundamentales y no ha habido ninguna acción efectiva de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Analiza que será el activismo judicial, sus críticas y elogios, así como fija los contornos de su desarrollo legítimo.

Palabras clave: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO; DERECHOS FUNDAMENTALES; ACTIVISMO JUDICIAL

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação para é para a obtenção do título do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, que se insere na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito.

Tem como tema o exercício legítimo do Ativismo Judicial frente ao Estado contemporâneo. A importância do tema está em que em tempos atuais o Estado é visto como Democrático de Direito, o que representa um Estado Constitucional. Com essa roupagem a Constituição, e nela os direitos fundamentais inseridos como seu núcleo axiológico, passam a ser o centro de validade formal e material do sistema, exigindo de todos os poderes do Estado um esforço e atuação para a proteção e efetivação destes direitos relacionados à dignidade do ser humano.

Essa nova visão do Estado influencia diretamente a Constituição e o Direito, criando um cenário em que a importância do Poder Judiciário na defesa e implementação dos direitos fundamentais ganha relevo. Este aumento de importância das demandas conduz o Poder Judiciário a ter uma maior atuação frente aos litígios que envolvem direitos fundamentais. Esse alargamento da atividade Estatal pela via judicial na tutela dos direitos fundamentais faz com o juiz deva adotar uma postura mais ativa, criativa, frente ao caso concreto, muitas das vezes decidindo questões de ordem política, que deveriam ter sido apreciadas (e não o foram, ou foram com deficiência) pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

Em tempos de democracia constitucional todos os poderes devem agir na proteção e implementação dos direitos fundamentais, eis que estes são o centro de legitimação de todas as ações do Estado.

Neste desiderato é que se apresenta o problema a ser investigado, qual seja, verificar se é possível o exercício legítimo do ativismo judicial pelo Poder Judiciário frente ao Estado contemporâneo.

Como hipóteses para a pesquisa foram levantadas as seguintes situações:

a) O Estado contemporâneo representa um modelo Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição é o centro de validade formal e material da norma, tendo nos direitos fundamentais o núcleo axiológico do sistema;

b) Os direitos fundamentais representam as proposições morais da Sociedade Civil e, como tal, por estarem inseridos no núcleo inviolável da Constituição na forma de princípios, possuem a capacidade de erradicar-se sobre todo o sistema criando vínculos de ações e omissões para o Estado, assim como possibilitando a busca pela tutela judicial para sua proteção e efetivação;

c) Frente ao Estado Democrático de Direito, como resultado da vinculação substancial trazida pelos direitos fundamentais e inserida na compreensão de democracia constitucional, é possível o exercício do ativismo judicial de maneira legítima.

Os resultados das investigações científicas das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue:

Principia-se, no Capítulo 1, com o estudo do Estado. Busca-se fixar um marco teórico e histórico para o surgimento do Estado e, a partir daí, discorrer sobre sua evolução até chegar-se ao Estado contemporâneo. Neste verifica-se que sua característica é de ser Democrático de Direito (portanto, Constitucional). Fixado o Estado Democrático de Direito como o cenário de pesquisa, se analisa os reflexos que esse modelo adotado gera sobre o papel a ser desempenhado pela Constituição e pelo Direito em tempos pós-modernos. Finaliza-se o capítulo em referência falando sobre as características do Estado contemporâneo, especialmente frente à posição que os direitos fundamentais passaram a ocupar na Constituição e, por tal, no Ordenamento Jurídico como um todo.

O Capítulo 2 trata de discorrer sobre os direitos fundamentais a fim de sustentar a elevada importância e interferência que eles têm na compreensão do Estado contemporâneo e no exercício dos seus poderes. Inicia-se fixando uma

delimitação conceitual sobre o que venha a ser direitos fundamentais, apresentando-se, na sequência, a sua historicidade e classificação (em dimensões). Finaliza-se o capítulo com a exposição da característica da bifrontalidade dos direitos fundamentais e a vinculação subjetiva e objetiva que deles decorre sobre todo o Ordenamento Jurídico e sobre o exercício dos poderes pelo Estado.

Por fim, o Capítulo 3 objetiva narrar sobre a compreensão da democracia no Estado contemporâneo, apresentando-se o que venha a ser a concepção de democracia (constitucional) para a presente pesquisa. Fixada os elementos definidores desta categoria, busca-se demonstrar não só a possibilidade, mas a necessidade de o Poder Judiciário ser ativista, quando necessário (e daí advém a justificação da sua legitimidade), em matéria de direitos fundamentais, ainda que os debates sejam questões políticas, cuja competência pertenceria originariamente aos demais poderes.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições do exercício do ativismo judicial de maneira legítima frente ao Estado contemporâneo.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano e no presente relatório de pesquisa é empregada a base indutiva. Valeu-se o pesquisador das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Nesta Dissertação as categorias têm seus principais conceitos operacionais apresentados em glossário inicial e no rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

Privilegiou-se a adoção das obras indicadas ao longo das disciplinas que foram sendo cursadas ao longo do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica.

As posições e teses adotadas ao longo da Dissertação não se destinaram a negar eventuais entendimentos contrários, mas sim a, humildemente, fixar a linha de pesquisa e o rumo que o investigador tomou na seleção do material e apresentação da pesquisa, como forma de possibilitar ao leitor e ao examinador a

verificação do raciocínio lógico jurídico empregado e a (possível) validade dos resultados obtidos.

CAPÍTULO 1

O SURGIMENTO DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL

1.1 ANÁLISE TEÓRICA

Em que pese a existência de uma teoria naturalista¹ sobre a origem da Sociedade Civil² e do Estado³, o presente estudo parte da análise das teorias contratualistas para a fixação de um marco contudista sobre o aparecimento das figuras jurídicas antes citadas.

Não se quer com isso negar validade a teoria naturalista, ou ainda, afirmar que as teorias contratualistas sejam as melhores. O que se pretende é apresentar um raciocínio lógico sobre umas das hipóteses de interpretação sobre a atual compreensão do Estado contemporâneo. Assim, para alcançar-se este desiderato, as teorias contratualistas, sem o desejo de serem as melhores ou as piores, se mostram adequadas para a linha de pensamento que se quer apresentar.

¹ Ao lado da teoria contratualista eleita por este estudo como a teoria justificadora do nascimento da Sociedade Civil e do Estado, há também a teoria naturalista, a qual defende a idéia de que o homem é um ser social por natureza, desde sua existência, sempre tendente a correlacionar-se, não necessitando de um pacto, um contrato, que viesse a organizar a sua vida coletiva. Comentando sobre a teoria naturalista Dalmo de Abreu Dallari diz que “o antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C, com a conclusão de Aristóteles de que “o homem é naturalmente um animal político”. Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constrangido. Quanto aos irracionais, que vivem em permanente associação, diz Aristóteles que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui a razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto”. (*in* DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 21-22).

² O conceito operacional de Sociedade Civil para a presente pesquisa é compreendida como o *locus* onde os indivíduos dinamizam suas relações sociais, econômicas, políticas, ou seja, onde acontecem as mais variadas modalidades relacionais, as quais interessam ao Estado na busca da manutenção da paz social e da dignidade do ser humano. A Sociedade Civil é algo interposto entre o indivíduo e o Estado, menor que aquele e maior que esse se analisada como medida de valor. Na realidade atual essa sociedade é plural, dinâmica, globalizada, informatizada, informada e heterogênea, de relações extremamente complexas e mutáveis dia a dia.

³ O conceito operacional de Estado para a presente pesquisa é tido como a ordem política originada da Sociedade Civil. Surgido na modernidade por interesse dos seres humanos, tem ele hoje a função de exercer parcela do poder político pertencente a Sociedade Civil, criando normas e ações com o intuito de regular a vida dos seres humanos na promoção da sua dignidade e da paz social.

Opondo-se aos adeptos do fundamento natural da sociedade encontram-se muitos autores, alguns dos quais exerceram e ainda exercem considerável influência prática, sustentando que a sociedade é, tão só, o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens, razão pela qual esses autores são classificados como contratualistas.

Há uma diversidade muito grande de contratualismos, encontrando-se diferentes explicações para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes e de passar a viver em sociedade. O ponto comum entre eles, porém, é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justificativa a existência da sociedade, o que vem a ter influência fundamental nas considerações sobre a organização social, sobre o poder social e sobre o próprio relacionamento dos indivíduos com a sociedade.⁴

Dentre as teorias tidas por contratuais, duas serão apresentadas nessa pesquisa como forma de tentar explicar o surgimento do Estado como fruto de um contrato público firmado entre os homens. Referido contrato social transformaria a comunidade de pessoas (que viviam em um “estado de natureza”) em uma Sociedade Civil. O pacto serviria para outorgar poderes políticos a um ente independente, o Estado, cuja premissa de existência seria a de assegurar à Sociedade Civil o caminhar pelos melhores rumos possíveis para o seu pacífico progresso. Ao estado competiria limitar o exercício do poder do mais forte e assegurar os direitos e liberdades individuais.

Vale lembrar que:

A ideia de estado de natureza apareceu correntemente, como dito acima, como mera *hipótese lógica negativa*, ou seja, sem ocorrência real. É uma abstração que serve para justificar/legitimar a existência da sociedade política organizada. Para alguns, pode ter havido uma ocorrência histórica do mesmo – como é o caso de Rousseau. Mas, substancialmente, o estado de natureza seria o estágio pré-político e social do homem (...).

Para os contratualistas, a figuração do mesmo não é uniforme. Uns, como Thomas Hobbes e Spinoza, vêem-no como estado de guerra, ambiente onde dominam as paixões, situação total insegurança e incerteza, domínio do (s) mais forte (s), expressando-o com adágio, *tais como: guerra de todos contra todos; o homem lobo do homem*. Outros, como Rousseau, definem-no como estado histórico de felicidade – o estado primitivo da humanidade -, onde a satisfação seria plena e comum (mito

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 23.

do bom selvagem, sendo significativa a frase de abertura do Contrato Social: *os homens nascem livres e iguais e, em todos os lugares encontram-se a ferros*), e o estabelecimento da propriedade provida joga papel fundamental. O estado civil será um corretivo do próprio desenvolvimento humano, que teria, assim, uma estrutura triádica (estado de natureza, sociedade civil como momento negativo e estado civil como república).⁵

Partindo da lição acima apresentada, a primeira das teorias contratualistas a serem apresentadas é a de Thomas Hobbes em “Leviatã”⁶. Referido pensador no decorrer do séc. XVII resolveu elaborar uma teoria sobre o surgimento do Estado. Seu pensamento se desenvolvia em um período de conturbadas lutas sociais e econômicas entre o poder do rei e o Parlamento Inglês.

Em sua obra, Thomas Hobbes entende que o homem primitivo vivia em “estado de natureza”, num estado de luta constante. O homem em “estado de natureza” é uma máquina que não possui limites além dos materiais, físicos, para delimitar suas atitudes. Seus desejos é que lhe moviam, fazendo com que o homem se utilizasse da força na prática de atrocidades para sua satisfação pessoal.

O “estado de natureza” para Thomas Hobbes era hostil à sobrevivência, traduzindo-se no fato de que todos seriam inimigos de todos na luta comum pela sobrevivência e pela satisfação de seus desejos pessoais.

Para ele os homens, independente de suas condições físicas (se mais fortes ou fracos), detinham as mesmas capacidades, o que os colocava em situação de concorrência constante quanto aos bens e situações desejadas, de modo que a força e a astúcia é que resolveriam quem sairia satisfeito.

À primeira vista os fracos poderiam estar em desvantagem, mas tinham eles a possibilidade de “secreta maquinação” (submissão do mais forte ao mais fraco alcançada pelo raciocínio) e, ainda, de agrupar-se a outros homens com interesse comum e, assim, fazer sucumbir o até então tido por mais forte.

Diz o pensador que:

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 30-31.

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2006.

Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros⁷.

Nesse período de “estado de natureza” não havia a noção do que pertencia a cada pessoa. Cada um era titular na medida daquilo que conseguisse conquistar e que pudesse manter a conquista. O homem nascia e vivia pré-disposto ao mal. Não havia propriedade privada. O dono era quem detivesse a possibilidade física de conquistar e manter-se no exercício da posse. Não havia efetivamente um direito de liberdade e de propriedade. As ações livres sofriam restrições pela força e pelo desejo do outro.

Havia uma constante insegurança entre os homens. Havia “um constante temor e perigo de morte violenta”.⁸ A vida do homem era “solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta”.⁹

Logo, enquanto os homens vivem nesse “estado natural”, de insegurança, de desconfiança e de constantes conflitos, eles estariam em permanente estado de guerra, “uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”.¹⁰

Apesar de sua natureza daninha, Thomas Hobbes entende que os homens racionalmente já não podiam mais viver de barbáries, sendo necessária uma busca pela paz. A forma de obter essa desejada paz seria a existência de regras obtidas a partir do exercício da razão humana e ajustadas na forma de um acordo entre os homens.

As regras seriam os meios pelos quais os abusos praticados por quem detém o maior poder cessariam, ou ao menos seriam limitados, organizada. Seria

⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2006. p. 45.

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 2006. p. 46.

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 2006. p. 46.

¹⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 2006. p. 46.

possível a existência de uma propriedade privada e, ainda, o exercício de inúmeras liberdades frente ao poder dos mais fortes. As paixões individuais não mais estariam limitadas pela capacidade física de conquista, mas sim pelas regras fixadas nesse pacto comum.

(...) o contrato social, à maneira de um pacto em favor de terceiro, é firmado entre os indivíduos que, com o intuito de preservação de suas vidas, transferem a outrem não-partícipe (homem ou assembléia) todos os seus poderes – não há, aqui, ainda, em se falar em direitos, pois estes só aparecem com o Estado – em troca de segurança. Ou seja: para pôr fim à guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza, os homens despojam-se do que possuem de direitos e possibilidades em troca de receberem a segurança do Leviatã.¹¹

Eis que então para Thomas Hobbes desse agrupamento de homens com interesses comuns de convivência social pacífica surge a Sociedade Civil. O homem da comunidade, agora era o homem da sociedade. O homem que até então convivia mutuamente sob o império da força, do absolutismo do detentor do poder, com a Sociedade Civil se propõe a cessar a guerra e viver de forma pacífica, criando regras que asseguram direitos. Objetivou-se assegurar inúmeras liberdades individuais antes sufocadas pela dor da derrota e da impotência de conquista pela força.

Junto ao surgimento da Sociedade Civil e dela não podendo se afastar para sua perfeita compreensão nasce também a figura do Estado. Aparece ele como um ente soberano, distinto das partes que o compõem (mas por ela formado e a ela destinado), com o objetivo de dar efetividade a esse acordo, a essas normas de convívio social pacífico.

Duas seriam as principais normas de paz na visão de Thomas Hobbes: a primeira delas que diz que os homens devem, a todo o custo buscar a paz e, somente quando essa não for possível, poderão então valer-se dos artifícios de guerra. A segunda delas, de que cada homem teria que renunciar a parcelas da sua liberdade individual em proveito do coletivo, pois, enquanto cada homem fazer o que desejar perpétuo será o estado de guerra. Em garantia disso o homem da Sociedade Civil teria assegurado o direito de propriedade e diversas liberdades individuais. É

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 31-32.

justamente para a garantia desses direitos que o Estado surge.

Conforme Lenio Luiz Streck (*et al*):

(...) para superar os inconvenientes do estado da natureza, os homens se reúnem e estabelecem entre si um pacto que funciona como instrumento de passagem do momento “negativo” de natureza para o estágio político (social); serve, ainda como fundamento de legitimação do “Estado de Sociedade”.¹²

Ao lado da teoria acima apresentada, uma segunda teoria contratualista que justificaria o surgimento do Estado e da Sociedade Civil é a elaborada em “O Contrato Social” de Jean-Jacques Rousseau¹³

Com a elaboração de sua obra no curso do século XVIII, Jean-Jacques Rousseau sustenta que nos primórdios da história o homem vivia de forma animalizada, sem o uso racional para a prática de suas ações. Ele não detinha a capacidade de compreensão da sua situação em relação aos demais seres da mesma espécie (com os quais não mantinha relações racionais, mas puramente instintivas, de sobrevivência) e até mesmo quanto a outros animais.

Nessa época o ser humano correlacionava-se com a natureza como um todo, sobrevivendo de maneira individualizada através do que esse ambiente natural lhe oferecia.

A terra, abandonada à sua fertilidade natural e coberta de florestas imensas que o machado jamais mutilou, oferece a cada passo celeiros e abrigos aos animais de toda espécie. Os homens, dispersos entre eles, observam, imitam sua indústria e se elevam, assim, até ao instinto das feras; com a vantagem de que cada espécie só tem o seu próprio, e o homem, não tendo talvez nenhum que lhe pertença, se apropria de todos, nutre-se ele igualmente da maior parte dos alimentos diversos partilhado entre os outros animais e encontra por conseguinte sua subsistência mais facilmente do que qualquer dos outros¹⁴.

A compreensão de mundo pelo homem nesse estado primitivo da sua existência resumia-se a satisfação suas necessidades vitais. Convivia ele de

¹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 31.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996. p. 14.

maneira natural com os demais animais e com eles aprendendo como se um deles fosse.

O homem, no estado de natureza era puro instinto, reagindo as suas necessidades físicas. “(...) os únicos bens que conhece no universo são a sua nutrição, uma fêmea e o repouso; os únicos males que teme são a dor e a fome”.¹⁵

Nesse início da história civilizatória o homem não sentia a necessidade de se relacionar socialmente com outros seres da mesma espécie. Não havia, portanto, a necessidade de se organizar de maneira coletiva. A natureza satisfazia todas as suas necessidades de ser individual.

Em síntese, para Jean-Jaques Rousseau, o homem quando do estado de natureza era tido como um selvagem, um animal pertencente a meio natural com a qual interagia por instintos. Não que isso lhe tornasse mal, muito pelo contrário, ele era pacífico, reagindo fisicamente apenas quando para sua sobrevivência.

Sua razão estava em estado latente, vindo a aperfeiçoar-se apenas a *posteriori* com o processo civilizatório. Sem o exercício da razão não tinha noções de moral, nem mesmo sentia a necessidade de estreitar suas convivências com outros homens.

Porém, em determinado momento da história, o homem, até então um selvagem isolado, sem convívio social, passa a sentir a necessidade de viver em comunidade, de manter relações não mais apenas instintivas, mas também racionais com os demais seres da mesma espécie.

Conforme Jean-Jaques Rousseau:

(...) os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser¹⁶.

Diz Dalmo de Abreu Dallari que:

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996. p. 19.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996. p. 29.

(...) a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais, mas que esse direito não provém da natureza, encontrando seu fundamento em convenções. Assim, portanto, é a vontade, não a natureza humana, o fundamento da sociedade. Acreditando num estado de natureza, precedente ao estado social e no qual o homem, essencialmente bom, só se preocupa com sua própria conservação (...).¹⁷

A razão humana, já em estado mais ativo e crescente, conduz o homem a intensificar o intercâmbio de informações e relações com outros homens, revelando a existência de um laço de dependência entre eles para que o progresso possa ocorrer e as necessidades, a cada dia novas e mais amplas, possam ser satisfeitas.

Porém, se essa vida em comum seguisse as regras do período selvagem tornar-se-ia ela impossível de se manter. Isso porque que instintivamente, ainda que sendo um bom selvagem, o homem acabaria em embate com os demais de sua espécie na luta pela sobrevivência e domínio.

Eis que então Jean-Jaques Rousseau fala que nesse momento o homem sentiu a necessidade da existência de um pacto comum para organizar a sua vida coletiva. Eis que passa a surgir a ideia de Sociedade Civil criada através de um contrato social.

Na impossibilidade de ser aumentada a força de cada indivíduo, o homem, consciente de que a liberdade e a força constituem os instrumentos fundamentais de sua conservação, pensa num modo de combiná-los. Segundo Rousseau, essa dificuldade pode ser assim enunciada: "... encontrar uma forma de associação que defenda e projeta a pessoa e os bens de cada associado, de qualquer força comum; e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como dantes". E conclui Rousseau: "Tal é o problema fundamental que o Contrato Social soluciona". É então que ocorre a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade. Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o Estado, enquanto mero executor de decisões, sendo o soberano quando exercita um poder de decisão. O soberano, portanto, continua a ser o conjunto das pessoas associadas, mesmo depois de criado Estado, sendo a soberania inalienável e indivisível.¹⁸

Os homens, desenvolvendo com o evoluir dos tempos a necessidade de

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 28.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 28.

viver em coletividade e cada vez mais se tornando dependentes dela, firmam um pacto entre si, através do qual as cláusulas nele fixadas regerão a vida de todos.

Por esse pacto, os homens que o compunham tinham que ceder os seus direitos em proveito do todo como forma de igualdade de direitos e vida pacífica entre os membros da comunidade, da Sociedade Civil.

Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros. Além disso, feita a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto o pode ser, e nenhum associado tem mais nada a reclamar; porque, se aos particulares restassem alguns direitos, como não haveria nenhum superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, cada qual, tornado algum ponto o seu próprio juiz, pretenderia em breve sê-lo em tudo; o estado natural subsistiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou inútil¹⁹.

Para Jean-Jaques Rousseau o surgimento do contrato social é o marco histórico que faz surgir a Sociedade Civil. Deixa-se para trás o “estado de natureza”, e passa-se a uma entrega de todos (por livre vontade de cada um) em proveito do bem comum, cuja homogeneidade e perfeição seriam capaz de afastar qualquer insatisfação pessoal. O pacto proposto representava a outorga da soberania individual para a coletiva e a conseqüente submissão ao interesse geral.

Explica Dalmo de Abreu Dallari que:

Essa associação dos indivíduos, que passa a atuar soberanamente, sempre no interesse do todo que engloba o interesse de cada componente, tem uma vontade própria, que é a vontade geral. Esta não se confunde com uma simples soma das vontades individuais, mas é uma síntese delas. Cada indivíduo, como homem, pode ter uma vontade própria, contrária até a vontade geral que tem o cidadão. Entretanto, por ser a síntese das vontades de todos, a vontade geral é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública. Entretanto, adverte Rousseau: “Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto que a outra olha o interesse privado e não é senão uma soma das vontades particulares”.²⁰

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996, p. 31.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 28-29.

Há um senso moral comum que se apresenta perante todos como uma unidade distinta de cada ser que a compõe, a qual fixa as regras de interesse geral, mediante as vozes de seus membros, e as impõe aos homens que as formaram, ainda que possam ter sido contrários a formação da regra. Os direitos de propriedade e de liberdade passariam a ser garantidos por esta força política criada para dirigir os interesses comuns.

O objetivo do contrato social consistiria em “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”²¹.

A essa unidade pública formada pela coletividade de homens (decorrente da então surgida Sociedade Civil) se denomina de Estado. “No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando sujeitos às leis do Estado”²².

Logo, seja em Thomas Hobbes, ou em Jean-Jacques Rousseau, o que se pode perceber é que enquanto o “estado de natureza” seria um estado primitivo de homens selvagens (propensos ou não a guerra), o Estado, como fruto de uma Sociedade Civil (em contraposição ao estado natural), seria o resultado de um pacto entre os membros dessa sociedade. Através dele cada homem concederia suas liberdades em prol do bem comum. Em contrapartida o Estado lhe asseguraria proteção e satisfaria suas necessidades de sobrevivência e convivência. O Estado tomaria para si e seria o centro do exercício político das atividades necessárias para garantir as liberdades individuais e o direito de propriedade sobre os bens.

O termo Sociedade Civil serve então para demarcar o surgimento de um novo período, sucessor ao “estado de natureza”, no qual o homem sentindo a necessidade não apenas de conviver, mas de mutuamente se relacionar de maneira moral e racional, dá início a sua vida social e vê na figura do Estado um político

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996. p. 31

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 1996. p. 31

criado para viabilizar a vida comum em paz e progresso.

Norberto Bobbio entende que a Sociedade Civil é “o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos e religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver através da mediação ou através da repressão”²³.

O epíteto Sociedade Civil é também empregado como meio de distinção entre Sociedade e Estado. Não há como apresentar um conceito preciso de Sociedade Civil se não delimitando o próprio conceito de Estado, ao qual a aquela se opõe, demarcando uma das grandes dicotomias das Teorias Políticas, qual seja, o público x o privado.

A Sociedade Civil, nessa acepção, seria então toda a esfera de relações que não são reguladas pelo Estado. Ela é o berço das atividades humanas que justificam e movimentam as atividades políticas do Estado.

Norberto Bobbio citando Thomas Paine diz que:

(...) a sociedade é criada por nossas necessidades e o Estado por nossa maldade (...), pois o homem é naturalmente bom e toda sociedade, para conservar-se e prosperar, precisa limitar o emprego das leis civis impostas com a coação a fim de consentir a máxima explicitação das leis naturais que não carecem de coação para ser aplicadas²⁴.

Do conceito de Sociedade Civil surge uma contraposição entre a esfera privada e a esfera pública, de modo que se torna mais fácil visualizar uma definição negativa (o que não é Sociedade Civil) do que uma definição afirmativa (o que é sociedade civil).

Ensina Norberto Bobbio que:

(...) nos tratados de direito público e de doutrina geral do Estado (a *aligemeine Staatslehre* da tradição acadêmica alemã de Georg Jellinek a Felix Ermacora) nunca está ausente uma definição positiva do Estado:

²³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 35/36.

²⁴ PAINE, Thomas *apud* NORBERTO BOBBIO, **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 34.

sociedade civil como conjunto de relações não reguladas pelo Estado, e portanto como tudo aquilo que sobra uma vez bem delimitado o âmbito no qual se exerce o poder estatal²⁵.

E, ainda,

(...) a sociedade civil adquire uma conotação axiologicamente positiva e passa a indicar o lugar onde se manifestam todas as instâncias de modificação das relações de dominação, formam-se os grupos que lutam pela emancipação do poder político, adquirem força os assim chamados contra-poderes.²⁶

Ao lado da Sociedade Civil, como visto, há o Estado, como o fruto do progresso humano.

O homem vindo de um estado primário, um “estado de natureza”, passa a perceber a sua capacidade e necessidade de se relacionar socialmente para evoluir. Porém, para a concretização desse desiderato evolutivo se faz necessário o surgimento de um pacto. Esse ajuste entre os homens (o contrato social) dará surgimento a um ente soberano e diferente das partes, o Estado. Este ente jurídico é criado para impor (pelas regras e/ou pela força) a paz e a vida em comum.

O que antes era resolvido pelas próprias forças entre as coletividades primitivas, quando gerado dentro da Sociedade Civil, tem sua solução buscada na atuação do Estado. Esse age como detentor do poder político, com a obrigação de resolver os conflitos criados dentro da Sociedade Civil, podendo valer-se, em última instância, do uso da força. Sua missão inicial é garantir as liberdades e o direito de propriedade privada, como meios de obtenção da paz social.

O Estado pode então ser tido como um ente que em um determinado território é detentor de um poder político, capaz de tomar decisões e proferir os comandos correspondentes, vinculantes (ainda que coativamente) para todos aqueles que vivem naquele território (o povo). Seu objetivo é o progresso e a paz

²⁵ NORBERTO BOBBIO, **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 34.

²⁶ NORBERTO BOBBIO, **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 35.

social²⁷.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari:

(...) sem perder de vista a presença necessária dos fatores não jurídicos, parece-nos que poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.²⁸

Cesar Pasold²⁹, analisando o pensamento de Jacques Maritain, expõe que:

(...) realidade política fundamental não é o Estado, porque ela se encontra no “corpo político com as suas variadas instituições, as múltiplas comunidades que supõe e a comunidade moral que dele nasce”. O Estado é, assim, redutível a uma das instituições do grande complexo que é o corpo político e, nesta condição, é seu papel especializar-se e dedicar-se aos assuntos pertinentes ao Bem Comum do corpo político.

Tal colocação eleva-o à condição de “instituição política suprema”.

Este grau de prestígio, no entanto, não o coloca na posição de todo, mas sim o caracteriza como uma parte, cujas funções são “meramente instrumentais”. Deste modo, não tem cabimento admitir ao Estado a pretensão de ser “uma pessoa sobre-humana, gozando, por isso, de um

²⁷ O conceito acima, da mesma forma que o conceito operacional antes proposto para Estado, não tem o condão de apresentar verdades únicas ou absolutas, mas sim, como todo o estudo e demais conceitos expostos, de expor um raciocínio lógico jurídico que conduza o leitor ao resultado final esperado. No que se refere ao conceito de Estado, convém lembrar que “(...) um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores. E em função do elemento ou do aspecto considerado primordial pelo estudioso é que este desenvolverá seu conceito. Assim, pois, por mais que os autores se esforcem para chegar a um conceito objetivo, haverá sempre um *quantum* de subjetividade, vale dizer, haverá sempre a possibilidade de uma grande variedade de conceitos” (in STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 28).

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 122.

²⁹ PASOLD, Cesar. **Concepção para o Estado Contemporâneo: Síntese De Uma Proposta**. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

direito de soberania absoluta”.

Porém, mesmo sendo o Estado um ente independente da Sociedade Civil, este evolui com ela.

A transformação do Estado e do Direito se devem a uma clara transformação da Sociedade Civil. É que, sendo o Estado um instrumento a serviço da Sociedade, as demandas desta se modificam e se ampliam, determinando novos compromissos e novos comprometimentos por parte daquele.³⁰

Os processos históricos de evolução da raça humana automaticamente refletem seu caminhar na compreensão e na conceituação das figuras jurídicas, o que acaba ocorrendo também na compreensão do Estado.

Como visto alhures o Estado não surgiu desde a origem do homem. Logo, se pretende no próximo item discorrer sobre o momento histórico de surgimento do Estado, a fim de se compreender os acontecimentos humanos da época que motivaram a sua aparição e, assim, delimitar sua compreensão para o presente estudo.

1.2 ANÁLISE HISTÓRICA

Fixada uma linha de pensamento jurídico sobre o surgimento do Estado (e com ele da Sociedade Civil), passa-se agora a discorrer sobre o momento histórico em que o Estado passou a existir.

A análise temporal do surgimento do Estado se revela importante porque “o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecente) engendram um determinado tipo de Estado”.³¹

Mais uma vez é importante esclarecer, assim como feito no item anterior,

³⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. **Reflexões da pós-modernidade**: Estado, Direito e Constituição. 2008. p. 211-212.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 2006. p. 28.

que não se pretende esgotar nesse momento a discussão sobre a origem do Estado, nem mesmo irá se enfrentar todas as teorias existentes. O que se busca fazer é apresentar uma das correntes de pensamento sobre o surgimento do Estado, com a qual se deseja conduzir o leitor na mesma linha pensamento deste pesquisador.

Conforme Paulo de Tarso Brandão diversos ramos do pensamento humano tentam a todo tempo fixar um marco histórico para o surgimento do Estado, não encontrando entre eles um ponto de convergência de ideias.

O estudo sobre o Estado, nos mais diversos campos, não tem qualquer ponto de pacificidade. Não há acordo nem mesmo quanto ao momento em que se pode considerar como aquele em que se deu o seu nascimento. Isso se justifica até pelo fato de seu nascimento decorrer de um processo e não de um ato localizado no tempo.³²

Dalmo de Abreu Dalari³³, sem querer fixar com propriedade absoluta o momento da vida humana em que o Estado passa a surgir, estabelece, para fins didáticos os seguintes momentos da história do Estado: Estado Antigo; Estado Grego; Estado Romano; Estado Medieval e Estado Moderno, a este se acrescentando o Estado Contemporâneo.

Porém, nem todos os autores comungam sobre a existência do Estado antes do período denominado de Modernidade. Ou seja, o Estado só existe da compreensão de Estado Moderno em diante. Esses juristas, a quem esse estudo se filia, preferem reconhecer como “organizações políticas” (e não propriamente o Estado) as realidades anteriores ao Estado Moderno “ainda que alguns importantes pensadores utilizem o termo “Estado” para denotá-las”. Isso “decorre da opção por utilizar o termo “Estado” para o ente político que teve seu florescimento a partir do século XIV e que se afirmou definitivamente no curso do século XV no continente europeu, seguindo a cronologia adotada por uma expressiva corrente do pensamento político”.³⁴

Para os juristas que reconhecem desde a antiguidade, nas primórdias civilizações, a presença do Estado como as formas primárias de sociedades políticas

³² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 20-21.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 70.

³⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 23.

que com autoridade superior fixaram as regras de convivência de seus membros independente da nomenclatura e da forma adotada, a classificação antes apresentada (do Estado Antigo ao Estado Contemporâneo) é a mais usual e respeitada.

Para essa corrente de pensamento o primeiro modelo de Estado a existir foi o Estado Antigo, que teve em Israel sua maior representação³⁵. O Estado antigo tinha por característica a ligação entre o pensamento e a atividade política com a religião. Não havia uma separação entre direito e a moral. Questões políticas nada mais eram do que questões tipicamente religiosas.

Em que pese o Estado Antigo estar estabelecido como o berço do surgimento do Estado, suas características são muito primitivas para a delimitação da concepção atual de Estado. Denota-se em seu núcleo uma formação política teocêntrica centralizadora do poder e definidora dos rumos da sociedade, tudo em nome de Deus. Não havia uma distinção dos postulados políticos das acepções de ordem moral. A liberdade do homem (como características essencial para a compreensão atual de Estado) não existia. O ser humano era totalmente submisso aos interesses dos deuses, verbalizado nas palavras dos sacerdotes, dos profetas.

Oriental ou Teocrático – é uma forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Características fundamentais: a) a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções; b) a religiosidade, onde a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado/divindade.³⁶

A segunda forma que se compreende como Estado por certa parcela da doutrina ficou conhecida como Estado Grego. Como o próprio epíteto revela,

³⁵ PASOLD, Cesar. **Concepção para o Estado Contemporâneo: Síntese De Uma Proposta.** Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 2006. p. 23.

remonta as formas de organização política ocorridas na Grécia antiga.

O Estado Grego, ainda que não tenha sido o primogênito na história do nascimento do Estado, é tido como o mais relevante acontecimento histórico político e formador de bases para as concepções modernas e contemporâneas de Estado³⁷.

Na verdade não existiu um Estado Grego, mas diversos Estados helênicos (cidades), os quais eram independentes politicamente uns dos outros³⁸. Eram marcados pela onipotência e o caráter restritivo da democracia³⁹.

Essas Cidades-Estado, conhecidas como “polis”, em que pese serem autossuficientes, adversariais, possuíam as mesmas instituições políticas, religiosas e sociais, o que as possibilitava, quando conveniente, firmar alianças temporais.

A política, a moral e o direito ainda se misturavam com as questões religiosas, eis que o Estado tinha sua fé. Porém, os gregos não eram “cegos” as determinações divinas como o eram os povos antigos. Em que pese a religião manter sua forte influência nas questões do Estado, essas eram submetidas a razão. Essa sim a base das atitudes gregas. Para os gregos o mundo natural era possível de ser interpretado e ordenado de acordo com o interesse humano (e não simplesmente como naturalmente “determinavam” os deuses, na “tradução” feita pelos sacerdotes e seus interesses).

³⁷ O período do Estado Grego é muito importante não só para o surgimento do Estado, mas também para as formas de governo, como se verá posteriormente, podendo ser tida como a pedra bruta que dá amparo a lapidação da democracia em tempos atuais.

³⁸ PASOLD, Cesar. **Concepção para o Estado Contemporâneo: Síntese De Uma Proposta.** Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

³⁹ O conceito operacional a ser adotado para a compreensão de democracia no presente estudo será de democracia constitucional, que equivale a “Sistema Democrático” (CRUZ, Paulo Márcio, Democracia e Pós-modernidade *In*: DO VALLE, Juliano Keller. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado Direito e Constituição.** 2008. p. 239), representando muito mais que uma forma de governo “do povo”, mas também um meio de diálogo entre a Sociedade Civil e o Estado. A democracia (constitucional) e o seu “Sistema Democrático” norteiam a forma de organização, distribuição e limitação os poderes do Estado, conforme regras previamente estabelecidas de acordo com os interesses das maiorias (validade e legitimidade formal da norma), mas sempre protegendo (com proibições e prestações) os direitos das minorias (efetividade e legitimidade material da norma), expressos nos textos constitucionais (núcleo legal e axiológico do ordenamento) na forma de direitos fundamentais, valores maiores de uma Sociedade Civil pós-moderna e bem maior a ser defendido e assegurado pelo Estado contemporâneo.

Nessa época, a concepção de Estado o revelava como um ente detentor do poder decisivo da “polis”, sem limites para a prática de suas atividades, podendo em tudo intervir, absorvendo quase que integralmente o indivíduo, que não tinha fora do Estado nem liberdades, nem segurança. O contraponto a esse domínio completo do Estado Grego sobre o indivíduo era praticado pelas assembléias públicas realizadas pelos cidadãos como manifestação de suas vontades nas ações do Estado quanto as questões de interesse comum.

Porém essa intervenção privada nas ações do Estado (“demos”) não era destinada a todos, mas somente aqueles que eram considerados cidadãos, reduzindo e muito o número de homens que podiam participar ativamente dos interesses comuns da sociedade a serem realizados pelo Estado. A sociedade aristocrata da época limitava esse direito àqueles que detinham tempo (leia-se, poder e dinheiro) para se ocupar das questões públicas.

A Grécia e a formação do Estado Grego rompem com a acepção teocêntrica do Estado e o caráter divino das autoridades. Criam uma nova compreensão sobre as discussões e ações políticas que definem, com a participação (aristocrática) dos cidadãos (no exercício da razão humana e sob a influência marcante da religião), os rumos da sociedade da época.

Ensina Dalmo de Abreu Dallari que:

Embora seja comum a referência ao Estado Grego, na verdade não se tem notícia da existência de Estado único, englobando toda a civilização helênica. Não obstante, pode-se falar genericamente no Estado Grego pela verificação de certas características fundamentais, comuns a todos os Estados que floresceram entre os povos helênicos. Realmente, embora houvesse diferenças profundas entre os costumes adotados em Atenas e Esparta, dois dos principais Estados gregos, a concepção de ambos como sociedade política era bem semelhante, o que permite a generalização. A característica fundamental é a cidade-Estado, ou seja, a *polis*, como a sociedade política de maior expressão. O ideal visado era a autossuficiência (...). Essa noção de autossuficiência teve muita importância na preservação do caráter de cidade-Estado, fazendo com que, mesmo quando esse Estados efetuaram conquistas e dominaram outros povos, não se efetivasse expansão territorial e não se procurasse a integração de vencedores e vencidos numa ordem comum.

No Estado Grego o indivíduo tem uma posição peculiar. Há uma elite, que compõe a classe política, com intensa participação nas decisões do Estado, a respeito dos assuntos de caráter público. Entretanto, nas relações de caráter privado a autonomia da vontade individual é bastante restrita. Assim, pois, mesmo quando o governo era tido como democrático, isto significava que uma faixa restrita da população – os cidadãos – é que participava das decisões políticas, o que também influenciou para a manutenção das características de cidade-Estado, pois a ampliação excessiva tornaria inviável a manutenção do controle por um pequeno número.⁴⁰

Além do Estado Grego, outro centro de origem de posições políticas dotadas de poder sobre os interesses do indivíduo foi o conhecido Estado Romano, datado desde o século 734 a.C., até morte de Justiniano, em 565 da era cristã.

Em Roma, cujas características do Estado eram semelhantes às Gregas, o ser humano era livre segundo as regras jurídicas fixadas pelo Estado (não havia uma concepção de liberdade inata ao indivíduo). No período Romano, marcado pelo poder familiar, as questões políticas eram limitadas a certas pessoas, ligadas as famílias reais (por consangüinidade ou interesse).

O Estado era definido como o governo dos lares. A população era dividida em classes. De um lado havia os patrícios, formados pela realeza e seus descendentes, dotados de privilégios e detentores do poder político. Existia ainda os clientes, que não sendo da nobreza, com ela conviviam (sem regalias) a fim de prestar-lhes os mais variados serviços. Por fim, tinha-se a plebe, que eram homens que vinham de outros locais, sem qualquer ligação com os patrícios, os quais vivia, em situações miseráveis.

O Estado Romano ficou marcado por ser um período de exploração dos patrícios em relação aos seus súditos. Impostos, prestações pessoais aos nobres e inúmeros gravames mergulhavam a grande massa popular na mais dolorosa miséria.

Para Jorge de Miranda:

Em Roma, quem se encontra fora círculo do Estado é *hostis*; o que se

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 71-72.

encontra no raio menor do império, mas fora *da res publica é hostis* submetido – *servus, dediticius*, súdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da *res publica*, embora, ainda assim, fora dela, é o aliado – *socius, amicus*; o que se acha na sociedade de *res publica*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembleia do *populus*; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o *nobilis* da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o *magistratus* e, na medida em que tem o direito de controlar, é o *pater*, membro do Senado.

(...)

Peculiaridades do Estado romano são:

- O desenvolvimento da noção de poder político, como poder supremo e uno, cuja plenitude – *imperium, potestas, majestas* – pode ou deve ser reservado a uma única origem e a um único detentor;
- A consciência da separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do *pater familias*) a distinção entre o Direito público e Direito privado;
- A consideração como direitos básicos do cidadão romano não apenas *jus suffragii* (direito de eleger) e do *jus honorum* (direito de acesso às magistraturas) mas também do *jus connubii* (direito de casamento legítimo) e do *jus commercii* (direito de celebração de atos jurídicos);
- A progressiva atribuição de direitos aos estrangeiros e a formação do *jus gentium* como conjuntos de normas reguladoras das relações em que eles intervêm;
- A expansão da cidadania num largo espaço territorial (culminando com Caracala, em 212), em contraste com o caráter meramente territorial das monarquias orientais e o caráter pessoal restrito das Cidades-Estados gregas.⁴¹

Na sequência da história do homem e do surgimento do Estado, e como última etapa antes do Estado Moderno (no qual essa pesquisa acredita ter propriamente nascido a figura do Estado), encontra-se o Estado Medieval.

O Estado Medieval é marcado pela fusão do Estado com a Igreja. Há uma unificação dos interesses morais e religiosos com os interesses políticos, resultantes do fortalecimento do monoteísmo judeu-cristão. Um só Deus, uma só regra divina dita aos sacerdotes, que somada aos poderes (econômicos e opressivos) da realeza

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 12-13.

passam a deter o poder absoluto.

No Estado Medieval a Igreja exige maior posição de poder e influência nas questões políticas. Valia-se ela de eficazes mecanismos de coação psíquico espiritual e, ainda, coação física para desenvolver sua interferência nas questões políticas e nos rumos da sociedade.

Diz Jorge Miranda que:

A idade Média, a Idade Média européia, divide-se em duas grandes fases: a das invasões e a da reconstrução. A sua história resume-se grosso modo na passagem da insegurança geral à pequena segurança local, lentamente alargada, e na passagem da decomposição ou da ausência de poder a uma situação complexa, com o poder real estreitado entre a autoridade universal da Igreja e o poder parcelar (coexistente ou não) dos barões e dos senhorios corporativos.

(...)

As concepções jurídico-políticas romanas apagam-se diante das concepções cristã e germânicas, embora, quanto a estas, mais nuns sítios do que noutro (mais na Europa central do que na Península Ibérica, por exemplo).

O Cristianismo ou, antes, a Cristandade envolve toda a vida medieval e transpõe-se para o plano político como exigência de limitação do poder – do poder que vem de Deus (“*Non est potestas nisi a Deo*”), que deve ser aferido por critérios de legitimidade e que deve ser usado para o bem comum (*Regnum non est propter regem, sed rex propter regnum*).⁴²

Ademais, mesmo existindo essa classificação doutrinária sobre o surgimento do Estado desde a antiguidade, como dito, acredita-se que o Estado, somente veio a existir no período moderno.

A denominação de Estado (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usados pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grande propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só

⁴² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2011. p. 12-13.

aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII.⁴³

As experiências políticas anteriores, em especial as gregas e romanas, foram fontes materiais para a criação moderna do Estado. Porém, mesmo trazendo consigo inúmeros elementos que serviram para dar surgimento ao Estado, os modelos apresentados não podem ser reconhecidos como tal. Até havia uma organização política, mas não independente e garantidora da liberdade e propriedade do homem.

As cidades Gregas e Romanas, “fundadas e mantidas na força religiosa, onipotentes e absolutas, exerciam tal poder sobre seus membros a ponto de ser perfeitamente possível a afirmação de que estes não conheceram a liberdade individual”. Essa liberdade do ser humano é a característica principal do Estado. Como revelam as teorias contratualistas, o Estado foi criado com a finalidade primeira de “garantia dessa esfera de liberdade”.⁴⁴

Da mesma forma o início da Idade Média não pode ser compreendido como o período histórico da existência de um Estado. A união da Igreja com a monarquia e os interesses individuais, absolutistas, distanciam-se, e muito, da figura do Estado, cuja origem se dá para a garantia das liberdades individuais e a possibilidade de convívio mútuo entre os seres humanos.

Não havia nesse início da Idade Média uma independência do poder político na decisão dos interesses do povo. O que havia era uma monarquia envolvida com a Igreja e uma exploração massificada daqueles que não eram nobres nem religiosos.

Mesmo o exercício do absolutismo não agradando a coletividade, o pacto social firmado para dar sustentação a vida de maneira pacífica, inicialmente se submete aos interesses do monarca e a forte influência religiosa. A queda do sistema feudal e o fortalecimento da economia mudam o sistema de poder e de política da época.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 59.

⁴⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 24-25.

Eis que surge a figura do Estado Moderno, ainda de caráter absolutista, cuja função era fixar as regras e ações sociais destinadas a controlar a vida da Sociedade Civil.

Segundo Paulo Bonavides a expressão Estado Moderno deve ser usada pra representar o modelo de Estado surgido em contraponto ao modelo estabelecido na antiguidade e na Idade Média. É uma nova forma de representação e exercício do poder adequado as ideologias da época.⁴⁵

(...) quando se fala em Estado Moderno, questiona-se se houve uma continuidade ou uma descontinuidade. Afinal, Estado Moderno por quê? Houve, então, um Estado Antigo? Mas, se, como diz Luciano Gruppi, tudo começou com Maquiavel, não deveríamos chamar o Estado dito moderno, simplesmente, de o “Estado”? Para ele o Estado Moderno – o Estado unitário dotado de um poder próprio independente de quaisquer outros poderes – começa a nascer na segunda metade do séc. XV na França, na Inglaterra e na Espanha; posteriormente, alastra-se por outros países europeus, entre os quais a Itália. Por conseguinte, diz Gruppi que, desde seu nascimento, o Estado Moderno apresenta dois elementos que diferem dos Estados do passado, que não existiam, por exemplo, nos Estados antigos dos gregos e dos romanos. A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “*L’etat c’est moi*”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado.⁴⁶

Há um fortalecimento do poder do rei, que passa a detê-lo com exclusividade, ditando regras de convívio, sempre com a influencia da Igreja, que cada vez mais ganhava força com o monoteísmo.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *In: Teoria Geral do Estado*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 39-40.

A primeira forma de Estado surge como reflexo de centralização do poder. Conforme Marcello Caetano⁴⁷ “chama-se de poder a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”.

Embora no Estado Moderno Absolutista houvesse a promessa de garantia das liberdades individuais, as normas de convívio social que eram criadas pelo rei, podiam ser por ele descumpridas e modificadas. Ele era sujeito distante do alcance das regras impostas aos demais homens.

Essa imunidade possibilitou que o monarca, amparado pelo poder de coerção moral exercido pela Igreja, abusasse das explorações exercidas pelos demais membros da sociedade, os burgueses e o plebe.

Conforme Lenio Streck (*et al*):

Desenvolvia-se, como dito, o chamado Estado Absolutista. A primeira forma política independente que na promessa de garantir as liberdades individuais e promover a paz social dava sustentação a prática de excessos. Essa foi a primeira faceta do Estado Moderno. Como primeira expressão do Estado Moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas, fazendo com que, como sustenta Duguit, a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium* e *senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L'État c'est moi* – O estado sou eu.

Com isso, as monarquias absolutas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto do rei sobre o Estado. Por outro lado, com tal postura, os reis constituíram-se como senhores dos Estados, tal qual o faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado.

Tal estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na passagem do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos, sustentando um dos elementos

⁴⁷ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, Tomo I, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 5.

fundamentais da forma estatal moderna: o território.⁴⁸

Porém, com o tempo e o evoluir do conhecimento humano, novas formas de produção vão surgindo e o capitalismo ganhando cada vez mais força e importância. Essa mudança de panorama histórico enfraquece o rei e fortalece a burguesia, que saturada dos abusos praticados pelo monarca (na usurpação do lucro com a exigência de altíssimos impostos e, ainda, pelas regras civis injustas), passa a exigir do Estado, um maior direito de participação política e, também, um necessário distanciamento do Estado das questões de mercado. É o surgimento do Estado Liberal, grande modelo do Estado Moderno, que ganha força com a Revolução Francesa de 1789 e passa a fixar os elementos bases integrantes da compreensão do Estado nos dias de hoje

O Estado Liberal era marcado pela inserção da burguesia nas questões políticas ao lado do monarca, até então detentor absoluto do desse poder. A burguesia exigia uma liberdade, um não intervencionismo nas questões que envolvessem o mercado. Impunha também que este mesmo Estado lhes garantisse, mediante leis (que deveriam também ser cumpridas também pelos reis), além dos direitos individuais de liberdade, muitos direitos políticos e, acima de tudo, a garantia da propriedade privada.

O que a burguesia buscava era um Estado negativo, “no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais”.⁴⁹

Entretanto, como ocorrera com o absolutismo, o liberalismo foi o mecanismo permissivo de abusos, agora não mais da nobreza para com a burguesia e a plebe, mas então da burguesia com o proletariado. O povo pobre com a Revolução Industrial passa a se inserir nos novos sistemas de produção e a ser vitimado pela forte exploração do capital.

A forte luta pelos lucros excessivos faz a burguesia ignorar que o

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 45.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 2006. p. 23.

proletariado era formado por seres humanos. As questões de trabalho e as condições sociais de vida são totalmente inexistentes, deixando campo para a ocorrência de degradáveis explorações do capital sobre o trabalho. Não havia uma intervenção do Estado nessas relações privadas. Pelo lucro tudo era válido.

Outra então, não seria a consequência do que uma insuportabilidade por parte daqueles que eram explorados e o início de uma revolução da sociedade. O proletariado, envolvido pelo ideal iluminista da igualdade, passa a ir às ruas e a exigir mais proteção e a necessária intervenção do Estado nas questões sociais. A visão individual é forçada a migrar para uma função social.

No período Liberal o Estado é uma criação da sociedade, “mas esse mesmo ente criado pela sociedade, por distorções decorrentes do Estado burguês, se coloca acima da sua criadora e cada vez mais dela se distancia”.⁵⁰

Não era nesse período mais possível se conceber o Estado para o interesse de poucos ou de alguns. O Estado foi criado pelo interesse de toda a Sociedade Civil, logo ela e suas necessidades (e não apenas de uma parcela dela) deve ser o fim maior de proteção e ação do Estado.

É assim que ao final do séc. XIX e início do séc. XX, por força das revoluções sociais ocorridas em todo o mundo que o Estado Moderno, de modelo inicialmente absolutista, mas marcadamente burguês liberal, sede espaço para o Estado contemporâneo (ou pós-moderno como preferem alguns doutrinadores). O Estado contemporâneo é marcado pela função social (e posteriormente se fortalece na defesa dos interesses coletivos, em especial os ambientais), pela busca do bem comum. Pela garantia das liberdades individuais e políticas, mas paralelo a isso por assegurar as garantias mínimas de vida sócioambiental aos componentes da Sociedade Civil.

A Sociedade Civil até então vista com antagonismo em relação ao Estado passa a ser agora vista como o fim do Estado. O contrato social é criado não apenas para dividir questões públicas de questões privadas, mas sim como “um instrumento

⁵⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 43.

criado pela Sociedade em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo”.⁵¹

É vale ressaltar que “O Bem Comum não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados. O Estado é uma criação da Sociedade com vistas a um determinado fim, qual seja, o de garantir uma vida harmônica no mesmo seio dessa sociedade”.⁵²

É nesta visão instrumental que o Estado, até então criado para organizar o poder político dos homens e através da força impor a vida pacífica, evolui e passa a ser compreendido em tempo atuais como um meio pelo qual a Sociedade Civil irá assegurar aos seus membros uma vida digna e de qualidade, com a garantia de liberdades individuais, políticas e civis, mas sempre atento as questões de interesse social e comum, com respeito as minorias e as diferenças.

1.3 ANÁLISE CONJUGADA DO ESTADO, DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO

Delimitada a teoria contratualista sobre o surgimento do Estado, e estabelecido a Modernidade como o momento histórico de surgimento do Estado, passa-se agora a discorrer sobre a evolução que tiveram a Constituição⁵³ e o Direito⁵⁴ ao lado da história do Estado.

A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena consequência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da

⁵¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 53.

⁵² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 53.

⁵³ Para esse estudo Constituição será considerada como a lei maior, a lei fundamental e suprema de um Estado, a qual condiciona e é o centro de toda a estruturação do sistema jurídico interno. Seu conteúdo é direcionado para a organização do Estado; a aquisição, distribuição e limitação dos poderes; a forma de governo; a previsão de direitos, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos.

⁵⁴ Para este estudo Direito vai ser considerado o conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos que, somados, formam o ordenamento jurídico, cujo objetivo é criar uma realidade normativa destinada a estabelecer um modelo de atuação aos membros da Sociedade Civil. Serve para apontar aos cidadãos como eles devem agir (ou não agir) para uma convivência pacífica, apresentando um sistema de controle de tendências de dissociação que surgem dos conflitos sociais.

dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem.⁵⁵

Conforme Jorge Miranda⁵⁶ “a Constituição é Direito que tem por objeto o Estado”, por isso, não há como se cogitar a existência de uma Teoria do Estado⁵⁷, distante da Constituição e do Direito.

O Estado na sua visão atual é criado pela atividade política da Sociedade Civil. Sua missão é organizar juridicamente a vida pacífica e digna dos membros da sociedade, o que faz com a estrutura do Direito e por intermédio da Constituição⁵⁸.

Verificou-se num primeiro momento que “o Estado surgiu baseado na centralização arbitrária do poder nas mãos do monarca, período no o qual se fala em Estado Absolutista”. André Del Negri⁵⁹ explica que este Estado Absolutista, até meados do século XVIII, partia da premissa de que o rei era o escolhido de Deus, governava por intermédio e a mando desse, sendo o único conhecedor e detentor do Direito, portanto capaz de ditá-lo e impô-lo.

O Direito vivia nesse período a sua fase *jusnaturalista*, no qual os direitos eram de origem transcendental, decorrentes de preceitos inscritos na alma humana por Deus e operacionalizados na prática de forma racional pelos detentores do poder religioso. Direito era o que fosse moral, tido por justo pela divindade de acordo com as razões (e vontades) humanas.

O exercício da razão para avaliar esses direitos inatos era de exclusividade do monarca e, por via transversa, da própria Igreja tamanha a influência exercida sobre aquele.

Não havia nessa época a compreensão atual do constitucionalismo⁶⁰. Não

⁵⁵ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 2007. p. 80.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2000. p. 10.

⁵⁷ Segundo Celso Ribeiro de Bastos a Teoria Geral do Estado busca conhecer a realidade histórica do Estado a fim de poder apresentar um modelo do que seria o Estado ideal (**Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 1999. p. 4).

⁵⁸ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 2010. p. 31.

⁵⁹ NEGRI, André Del. **Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática**, 2003. p. 19-20.

⁶⁰ Para este estudo, entender-se-á o constitucionalismo como o movimento político, filosófico, social e

havia constituições como compreendidas na modernidade⁶¹. Nesse período inicial do surgimento do Estado, o monarca arbitrariamente fazia o que melhor lhe convinha, sem limites, ao seu livre arbítrio, ainda que em detrimento dos súditos.

Ensina Luiz Roberto Barroso⁶² que por quase todo o período do Estado Absolutista não havia constituições e, assim, não havia como se falar em constitucionalismo. As constituições vieram a surgir somente pelo fim do século XVIII, já no fim do Estado Absolutista.

Naquele momento da história, denominado de constitucionalismo na antiguidade⁶³, as poucas constituições que existiam se apresentavam com uma significação mais restrita do que vieram a ter posteriormente⁶⁴. Estavam elas relacionadas a fixar normas gerais de ordenação de uma sociedade. Seria uma Constituição destinada à institucionalização jurídica do poder, visão essa limitada demais para as compreensões seguintes que se foram tendo sobre a Constituição e sua importância no ordenamento jurídico.⁶⁵

Na Europa, a partir do Século das Luzes, mais precisamente fruto da

jurídico que busca impor limites a atuação do Estado através de uma Constituição. Na atualidade, há uma compreensão mais ampla do que a antes apresentada, designada de neoconstitucionalismo, que surge como forma de progresso da compreensão anterior. Por neoconstitucionalismo entender-se-á neste estudo o movimento político, filosófico, social e jurídico, destinado a limitar os poderes do Estado mediante uma Constituição e, ainda, por esta lei maior, impor a este Estado a efetividade aos direitos fundamentais como meio de assegurar a dignidade humana.

⁶¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**, 2011. p 116. O conceito de modernidade refere-se ao estilo de vida e de organização social existente na Europa a partir do século XVII. Sua transformações culturais, sociais, econômicas e políticas, produzidas a partir de fortes ideais filosóficos surgidos entre XVII e XIX, os quais geraram reflexos em todo o mundo e na maneira de hoje se ver o Direito, o Estado e a Constituição.

⁶² BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** 2013. p. 5.

⁶³ Para este estudo entender-se-á como constitucionalismo na antiguidade os movimentos políticos anteriores ao surgimento do Estado, e no próprio curso do Estado Absolutista, que importaram para o surgimento do constitucionalismo moderno.

⁶⁴ Conforme Joaquim José Gomes Canotilho (*In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 52-53) há uma distinção entre constituição histórica e constituição moderna. A constituição histórica representa “o conjunto de regras escritas e consuetudinárias e de estruturas institucionais, conformadoras de uma dada ordem jurídico e política num determinado sistema político-social”. Já as constituições modernas seriam “ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2000. p. 22

Revolução Francesa (1789)⁶⁶, e na América, em decorrência da Revolução Norte Americana (1787)⁶⁷, estabeleceram-se novas exigências individuais libertárias e sociais, tais como a concretização dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Cansados de sofrer os excessos do monarca, os burgueses passam a defender a ideia de um Estado protecionista em relação ao próprio poder estatal, em relação à propriedade (pois, os proprietários eram os burgueses) e aos direitos e garantias individuais (exercidos principalmente pelos mesmo burgueses), possibilitando um liberalismo da sociedade. Havia o interesse econômico da burguesia em não querer sofrer com altos impostos até então exigidos e, também, de poderem livremente fixar as regras que regulavam o mercado.

O Estado, conforme relata André Del Negri⁶⁸, passa a ser compreendido então como um Estado Liberal de Direito. Nesse novo modelo estatal não mais seria possível a prática de arbitrariedades pelo governante. Seus atos necessariamente teriam que ser decorrentes de uma ordem jurídica positiva, consequência de uma norma previamente estabelecida.

O Estado passa a ser então legal, eis que formado a partir de um poder político juridicamente organizado. O poder passa a ter fundamento na legalidade, e essa na legitimidade de sua criação pelos mecanismos formalmente fixados. O poder de fato se transforma em poder de direito, logo, poder legítimo “que resulta do reconhecimento por aqueles a quem a vontade do sujeito se dirige de que ele actua de acordo com uma lei digna de acatamento geral”.⁶⁹

O Direito, até então natural⁷⁰, passa a ser normativista⁷¹, vindo na lei a

⁶⁶ DA SILVA, Moacyr Motta. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de Melo; DA SILVA, Moacyr Mota. **Política Jurídica e Pós Modernidade**. 2009. p. 121-122.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2012. p. 33.

⁶⁸ NEGRI, André Del. **Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da legitimidade democrática**. 2003. p. 19-20.

⁶⁹ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 2009. p. 5.

⁷⁰ O Direito Natural é a aproximação das regras de conduta com a razão e a justiça. Essa visão natural do Direito diz que independente das regras criadas pelo ser humano, este já possui direitos (que são transcendentais, metafísicos, anteriores ao homem). Seria ele uma consequência da lei imposta pela natureza para tudo que existe. O Direito Natural entende como justo tudo que existe em termos de ideal e do bem comum. Serviu de paradigma para as revoluções liberais, mas por ser considerado abstrato e metafísico, cedeu espaço para o surgimento do positivismo.

⁷¹ Normativismo, também conhecido como positivismo, é o oposto ao Direito Natural. Só é justo, só é

sua única fonte. Justo e moral era o que a lei dizia. Houve um esvaziamento axiológico do Direito. As normas eram elaboradas ao interesse da classe dominante da época, a burguesia, em que pese houvesse a promessa de igualdade entre estes e a massa desamparada. Essa igualdade nesse momento da história era apenas formal, e não material.

Surge a necessidade de um Direito posto, escrito, capaz de atribuir legitimidade as suas ações mediante a forma. O critério de Justiça está atribuído não a um valor humano, mas a validade formal da norma.⁷²

Neste ínterim a função do Estado que antes era reflexo da centralização do poder pelo monarca, agora muda de rumo, e passa a servir exatamente para estabelecer limites aos detentores do poder.

O Estado Liberal de Direito representa a idéia de que todo o âmbito estatal esta dirigido por regras jurídicas, o que leva a conclusão de que todo o poder estatal, qualquer atividade realizada pelo Estado, devem se ajustar aquilo que for determinado pelo Direito em suas prescrições legais.⁷³

Historicamente, a essa época, a Constituição era tida como o elemento utilizado para limitar o poder dos monarcas e fortalecer no plano jurídico uma nova era, a do positivismo. A Constituição continuava sendo o sistema de organização do poder, ampliando sua compreensão para ser também uma regra limitadora desse poder e asseguradora de garantias e direitos individuais dos cidadãos. Diz Ronaldo Polletti⁷⁴ que a Constituição era fruto de um processo racional, distante das raízes sociais.

Foi em decorrência das grandes revoluções do século XVIII e XIX que a ideia do constitucionalismo modificou-se, migrando de um constitucionalismo da antiguidade para um constitucionalismo moderno (ou simplesmente

direito, se estiver previsto na lei. A justiça da norma não está em seu valor, mas sim na sua forma e compatibilidade com o ordenamento. Afasta-se a ideia do Direito de ordem metafísica ou divina. A significação jurídica não pode ser entendida pelos sentidos, mas somente por uma norma.

⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 1994. p. 75.

⁷³ VERDU, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. 2007. p. 1.

⁷⁴ POLLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2000. p. 239.

constitucionalismo). Nesse período, em decorrência dos acontecimentos políticos e jurídicos, do surgimento de novas ideologias, do fortalecimento da classe burguesa, foi que o Estado transformou-se de Absolutista para Liberal de Direito, efetivamente inaugurando o denominado período da modernidade⁷⁵.

Joaquim José Gomes Canotilho⁷⁶ leciona que:

(...) entre o “constitucionalismo antigo” e o “constitucionalismo moderno” vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.

Considerando o desgaste originado do período absolutista, a preocupação central desse constitucionalismo, nascido na Idade Média, baseava-se na reestruturação do poder político, especial o do rei. O fim maior do Estado era a organização e divisão dos poderes, assim como a garantia de direitos e liberdades individuais, o que fazia por um documento escrito, a Constituição.⁷⁷

Conforme Maria da Graça dos Santos Dias (*et al*)⁷⁸ o período da modernidade traduz-se numa “viragem paradigmática”, em que o Estado Absolutista, *jusnaturalista*, passa a ser Liberal. No qual o Direito caracteriza-se “como produto do poder estatal, identificando-se com a ordem jurídica positivada e assegurada coercitivamente pelo Estado.”.

O Estado Liberal de Direito assume a obrigação de proteção do cidadão frente a arbitrariedade de quem está no poder e compreende a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação dos poderes.

Para Celso Ribeiro de Bastos, comentando o Estado Moderno⁷⁹:

O fundamental é que o individuo seja livre para atingir e realizar

⁷⁵ A modernidade surgida no fim dos Estados Absolutistas e início do Estado Liberal de direito marca um período histórico de transformações nas mais variadas áreas do conhecimento humano, inclusive no Direito, com uma nova forma de conceber o Estado, a Sociedade Civil e a Constituição. Seu surgimento se dá com a Renascença (séculos XV e XVI), que rompe com pensamento teísta e introduz um pensamento humanista racional. A modernidade se fortalece com o Iluminismo (século XVIII) e seus ideais revolucionários de igualdade, liberdade e fraternidade. A modernidade no campo jurídico é marcada pelo positivismo jurídico.

⁷⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2003. p. 52.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2000. p. 20.

⁷⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós Modernidade**. 2009. p. 22.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 2004. p. 139.

as suas opções fundamentais. Do Estado espera-se muito pouco: basicamente que organize um exército para defender a sociedade contra o inimigo externo. Que assegure a boa convivência internamente mediante a polícia e o Judiciário, incumbidos de aplicar as leis civis e as leis penais. (...) Prega-se, portanto o Estado absenteísta. Quanto menos, melhor, ou, se preferir, o Estado é um necessário.

No período moderno, o constitucionalismo da antiguidade, no qual as constituições serviam como uma simples norma maior, geral e suprema, capaz de institucionalizar um poder existente na época, passa a dar roupagem a uma nova figura de Constituição.

Para Ana Cândida da Cunha Ferraz (*et al*)⁸⁰ o constitucionalismo na antiguidade representa os primórdios momentos em que passaram a surgir as constituições, antes mesmo do Estado de Direito. Já o constitucionalismo moderno marca um novo período da história, em que as constituições, frente ao Estado Liberal, passam a garantir os direitos e liberdades individuais.

No período moderno, a Constituição representa “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁸¹ O constitucionalismo moderno, fruto do Estado Liberal de Direito, é uma garantia dada pela Constituição contra o exercício arbitrário do poder, possibilitando uma forma de organização estatal mais preparada para respeitar o indivíduo e seus direitos.

Para Ana Paula de Barcelos⁸² quando do Estado Liberal, sob a influência do positivismo jurídico vivenciado pelo Direito, as Constituições eram dogmáticas, impondo a vontade do soberano. A legitimidade decorria da legalidade, mediante um processo racional de certa forma, muitas das vezes distante da realidade social, fruto dos interesses da classe dominante.

⁸⁰ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeir; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro e BETTINI, Lucia Helena Polleti. **Hermenêutica Constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. 2010. p. 216.

⁸¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2003. p. 52.

⁸² BARCELOS, Ana Paula de Barcelos. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2002. p. 22.

Conforme Gustavo Zagrebelski, a nova forma de Estado, o Estado de Direito, criado pelas mudanças da vida social entre o século XVIII e XIX assumiu o papel de resguardar os cidadãos frente às arbitrariedades do detentor do poder. O Estado de Direito, através da lei, resultado do interesse coletivo dominante, passa a ditar e impor as normas. Diz o jurista⁸³ que:

(...) el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era – la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población , como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad –. La sociedad con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzada a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser la expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses transcendentales propio, empezada a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.

O Estado Liberal se desenvolve com base no princípio da legalidade, pondo termo ao Estado Absolutista. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, se exercem nos limites da lei e não mais das paixões e arbitrariedades do detentor do poder. Há uma fuga do *jusnaturalismo*, passando a sociedade da época a exigir uma vinculação de Justiça ligada diretamente ao comando legal. O Direito passa, então, a ser puramente legalista, em especial pelas influências da Teoria Positivista de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito).⁸⁴

Ao ditar o Direito e estabelecer o que é justo, a lei fixa os limites de

⁸³ Gustavo Zagrebelski. *El derecho dúctil*. 2005. p. 22-23.

⁸⁴ Hans Kelsen é considerado pela doutrina como um dos grandes pensadores positivistas da modernidade, em que pese sua teoria tenha sido tão criticada, em especial por servir de argumentação da legitimação das barbáries praticadas pelos Estado Totalitários na Segunda Guerra Mundial. Através de sua obra Hans Kelsen pretendeu desenvolver um estudo jurídico sem qualquer influência de outros ramos do conhecimento científico, como a filosofia, a política e a sociologia. A validade da norma não se dava por seu preenchimento axiológico, pela resposta esperada pela sociedade, mas sim pela sua formalidade. O Direito como ciência torna justo o que a lei determina, independente das concepções sociais, políticas e filosóficas sobre o fato questionado. Foi assim que, formalmente válidas, as atitudes nazistas e facistas não foram consideradas antijurídicas, mesmo sendo anti-humanas, pois, tinham amparo em norma com validade formal. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 182). Essa normatização pura do Direito o afasta dos importantes valores sociais. Criticando o legalismo jurídico de Hans Kelsen vigente no período de modernidade, Osvaldo Ferreira de Melo diz que “tal concepção, todavia, além de afastar da Ciência Jurídica o estudo dos fatos geradores das normas, vai mais além, colocando sob olhar cético a importância do conteúdo moral da norma. (MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 31).

atuação do poder do Estado no contexto da experiência social de cada período e lugar, evitando-se arbitrariedades. O Estado Liberal de Direito passa a defender o cidadão dos abusos do governante, impondo e fazendo respeitar os direitos individuais. Cria-se uma ideia de igualdade formal, a lei, única fonte normativa, é igual para todos.

Em que pese toda a importância do Estado Liberal de Direito, em especial pela elevação dos direitos fundamentais⁸⁵ a figura de regra, com o fim da Segunda Guerra Mundial esse modelo de Estado passa a perder respaldo.

Mais uma vez os acontecimentos sociais (políticos, históricos, econômicos, *et cetera*) passam a influenciar diretamente no Direito e, por consequência, a refletir no Estado e na Constituição.

A Ciência do Direito, sobretudo a partir da Segunda Grande Guerra, vem se caracterizando por uma crescente luta contra o formalismo, o que implica repúdio às soluções meramente abstratas. Deseja-se cada vez mais correlacionar as soluções jurídicas com a situação concreta na qual vivem os indivíduos e grupos.⁸⁶

Em períodos de pós-guerra mundiais, “as insatisfações crescem e se frustram, gerando, como reação, impulsos agressivos ordinariamente intolerantes, às vezes caóticos”.⁸⁷

De um Estado Absolutista, alicerçado num direito natural, sem a figura (moderna) da Constituição, migrou-se, por força de novas ideologias liberais do final do século XVIII e século XIX, para um Estado Liberal pautado num Direito puramente positivo, baseado em um constitucionalismo moderno.

No seguir da história humana, a posição do Direito, do Estado e da Constituição, renovou-se com as grandes guerras mundiais. Verificou-se que o Estado Liberal de Direito, puramente legalista, possibilitava a criação de Estados

⁸⁵ Quando se fala em direitos fundamentais está se tratando de questões morais justificadas sobre a dignidade humana, necessárias para o desenvolvimento integral do homem e sua recepção no direito positivo, para que possa realizar sua finalidade. Os direitos fundamentais traduzem os direitos humanos, os direitos do homem, incorporados pelas Constituições com o intuito de legitimar as ações do Estado.

⁸⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007. p. XVIII.

⁸⁷ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 46.

Totalitários (como o Nazismo de Hitler na Alemanha e o Facismo de Mussolini na Itália), pelos quais a via legal tudo possibilitava (pois, atribuía legitimidade aquilo que fosse formalmente válido). Nessa época, o mesmo mecanismo legislativo que resguardava os direitos fundamentais poderia passar a sonegá-los.

Nos dizeres de Celso Ribeiro de Bastos⁸⁸:

Obviamente o Estado que não se contenta apenas em por leis, mas aspira ao próprio controle das mentes humanas, não é respeitador dos direitos individuais. O estado totalitário diz respeito, pois, aos limites da atuação do estado. É um dos extremos a que o Estado pode chegar em matéria do exercício do poder.

Para a Sociedade Civil na sua pluralidade atual⁸⁹, resultado dos novos tempos (tempos pós-modernos⁹⁰, pós guerra) o comando legal despido de valor, distinto da moral, afastado da aceção de justiça, das novas tendências e realidades humanas surgidas do seio da Sociedade Civil, não responde mais aos desejos coletivos de vida pacífica e com dignidade. Respeito às diversidades e minorias. Participação da Sociedade nos rumos do Estado.

Segundo Luiz Alberto Warat⁹¹,

(...) a modernidade está sofrendo um processo de profundas alterações em fundamentos, valores, desejos e modos de construção do mundo. Toda uma concepção de vida está saindo da História. Uma nova sensibilidade começa a chegar para ocupar seu lugar (...).

Nesse novo cenário que se vive desde o século XX e amadurece no decorrer do século XXI, a letra a lei não pode estar distante das necessidades humanas que tornam a vida do homem digna. Esta é a função maior do Estado, de

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 2004 p. 172.

⁸⁹ “O pluralismo político se revela pela crescente participação no controle do Poder pelos grupos sociais. Assim uma sociedade politicamente pluralista seria caracterizada por apresentar vários centros de poder” (MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 79).

⁹⁰ O termo pós-modernidade não possui aceitação pacífica na doutrina, mas ainda assim é usada por muitos doutrinadores, e será adotada nesse estudo para marcar um novo modelo de Estado (de Direito e de Constituição) que surgiram no curso da modernidade. A pós-modernidade representa o movimento intelectual que criticando a modernidade e a sua visão estática em relação a sociedade em movimento, aponta para a necessidade de uma nova forma de analisar o Direito, o Estado e a Constituição, sobre o mundo plural, seus avanços tecnológicos, suas mudanças, suas pluralidades. A pós-modernidade não é necessariamente a superação da modernidade, podendo ser vista como o seu aperfeiçoamento.

⁹¹ WARAT, Luiz Alberto. *In*: MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994.

proteger os indivíduos, suas liberdades, mas também de lhes assegurar proteção e efetividade dos direitos sociais e coletivos.

Nesse período de transição Osvaldo Ferreira de Melo já dizia que “a mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e valoradas, será o caminho a percorrer na formação de um novo paradigma”.⁹²

A história demonstra que a igualdade prometida pelo Estado de Direito, não passou de ficção, de uma igualdade formal. Na prática as pessoas dos tempos atuais são distintas, heterogêneas, formando grupos variados, de concepções e aspirações diferentes, para as quais a letra da lei não consegue atender.

Os dogmas prometidos e não cumpridos do “Período das Luzes” não mais satisfazem as necessidades humanas pós-modernas, eis que, preocupado com sua logicidade interior, o Direito, de certa forma, ficou desatento as questões de ordem moral que estavam pulsando na alma da sociedade.⁹³

As classes minoritárias que durante muito tempo foram sufocadas pelo interesse do capitalismo, do interesse da maioria, agora começam a alcançar seu espaço. A sociedade pós-moderna é plural. Não há, simplesmente pela lei, como considerar todos os cidadãos iguais, o que afasta automaticamente a ideia de fraternidade e liberdade.

A promessa de liberdade e fraternidade só se completa com a igualdade. Todos são iguais perante lei, segundo o Estado Liberal de Direito. Porém, na prática todos não têm iguais condições de vida digna. Logo, sem uma preocupação mais efetiva de igualdade de qualidade de vida, é que o sistema liberal positivista vai abrindo espaço a um novo modelo de Estado.

No começo do século XX há o surgimento de uma nova faceta do constitucionalismo, agora com maior interesse social e coletivo. Esta nova versão do constitucionalismo não busca negar os direitos e liberdades civis e políticas, mas sim

⁹² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 105.

⁹³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 107.

somar-se a eles para uma completa proteção do ser humano, da entrega a este de uma dignidade. Numa tentativa de superar o positivismo jurídico e as brutalidades do totalitarismo, o neoconstitucionalismo tentam dar efetividade aos direitos humanos.⁹⁴

Para Eduardo Ribeiro Moreira⁹⁵:

O neoconstitucionalismo, como Teoria do Direito, como o paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas diversas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora.

O descontentamento social pela falta de condições de vida digna enfraquece o legalismo jurídico até então vigente, passando-se a propagar-se a ideia de uma necessidade de “democracia constitucional”. Ergue-se então um novo *standard*, denominado de Estado Democrático de Direito, que representa a figura do Estado Contemporâneo.

Diz Celso Ribeiro de Bastos⁹⁶ que:

Como não poderia deixar de ser, o estado de direitos formalista recebeu inúmeras críticas, falava-se até mesmo em que ele estaria em crise, na medida em que permitiu quase um absolutismo do contrato, da propriedade privada e da livre empresa. Era necessário redinamizar este estado, lançar-lhe outros fins; não que se desconsiderasse aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbitrarismo, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais era imprescindível. Dá-se início então a um processo de democratização do estado que irá culminar com o estado democrático de direito. Vale dizer que esse princípio vem descrito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (...).

O então Estado Liberal de Direito, vigente num período de modernidade, reflexo da aplicação da lei numa sociedade liberal (e compromissada a ser igual e fraterna, mas cuja prática mercantil demonstrava ser injusta e exploradora, despreocupada com a condição humana envolvida), passa, a partir do século XX, a

⁹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2003. p. 15.

⁹⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson; BETINI, Lucia helena Poletti (orgs.). **Hermenêutica Constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia, 2010. p. 219-220.

⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 2004. p. 163.

assumir papel mais ativo na proteção dos direitos dos cidadãos (direitos sociais e coletivos), dando margem ao surgimento de um constitucionalismo efetivamente democrático.

Tanto a superação histórica do *jusnaturalismo*, assim como a queda do *juspositivismo* serviram de base para o aparecimento de uma gama de reflexões atuais sobre o papel do Direito, do Estado e da Constituição, as quais se atribui o status de “pós-positivistas”. Porém, convém lembrar o que diz Luis Roberto Barroso⁹⁷ que:

O pós-positivismo é denominação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça, além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da Teoria dos Direitos Fundamentais, e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

O Estado passa a intervir na sociedade com o intuito não mais de simplesmente limitar o seu poder frente aos cidadãos, não mais desejando apenas dizer o Direito pela norma posta, não simplesmente baseado em uma suposta igualdade formal. O Estado passa a perceber na sociedade pós-moderna, pluralidades e a necessidade de uma concretização de igualdade material, exercendo um papel mais ativo para assegurar as liberdades individuais e conferir maior proteção e eficácia aos direitos sociais e coletivos.

Diz Paulo Bonavidez⁹⁸ que:

(...) é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável.

Discorre Gustavo Zagrebelsky⁹⁹ dizendo que a época do Estado detentor do monopólio de tudo e impositor pela coerção das suas regras deve ser sepultada. Segundo o jurista deve haver o fim do período moderno e o início de uma pós-modernidade, ou seja, o encerramento do Estado Liberal de Direito e o nascimento de um Estado Constitucional (equivalente ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁰).

⁹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 242.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2007. p. 237.

⁹⁹ Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil**. 2005. p. 51.

¹⁰⁰ Conforme Joaquim José Gomes Canotilho a figura do Estado Constitucional de Direito equivale a figura do Estado Democrático de Direito. Isso porque o Estado Constitucional tem duas grandes qualidades, a de ser de Direito e a de ser Democrático. (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra Almedina. 2003. p. 53). Logo, para o presente estudo, os termos

Sérgio Fernandes Ricardo de Aquino¹⁰¹ sustenta que o Estado Contemporâneo, formulado a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da alemã – de Weimar de 1919, sofre por modificações axiológicas, jurídicas sociais, políticas, tecnológicas, econômicas entre outras. As diversidades da vida a cada dia se modificam também. A partir desse cenário, o desafio que se impõe a esse modelo é o cumprimento de sua função social (hoje sócioambiental¹⁰²) a fim de garantir e preservar condições razoáveis de vida aos cidadãos, da mesma forma que assegurar um respeito aos direitos coletivos, tudo isso sem abandonar os direitos e liberdades individuais e políticas.

A partir do século XX o positivismo jurídico perde suas forças. A quase unificação da ideia de direito e norma, sem um fundo axiológico, não mais corresponde ao atual estágio humanitário da sociedade.

Eis que se abre então um novo período no qual o Estado passa a ter uma roupagem democrática. Alicerçado na imposição de uma atuação estatal de maneira legítima e na busca dos interesses de todos, inclusive das minorias; assim como de vestimenta social (posteriormente também ambiental), o Estado, através do novo modelo de Constituição que passa a existir, atribui eficácia vinculante as normas constitucionais como forma de concretização dos direitos fundamentais, garantindo a satisfação da dignidade da pessoa humana¹⁰³.

Estado Constitucional e Estado Democrático de Direito, se equivalem.

¹⁰¹ AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Primeiros Ensaios de Teoria do estado e da constituição**. 2010. p. 108.

¹⁰² Conforme Thiago Fensterseifer esse Estado Democrático de Direito, que já foi denominado de Estado Democrático e Social de Direito no início da pós-modernidade (haja vista a força que os direitos sociais tinham naquele momento), hoje, com a continuidade da sua visão constitucional dos direitos fundamentais e inserção dos direitos ambientais a este *status*, pode ser denominado de Estado Sócioambiental de Direito. Isso ocorre porque a proteção trazida pela Constituição aos direitos fundamentais alcança os direitos de liberdade individual civil e política, os direitos sociais e também os direitos coletivos, em especial, o direito ambiental. Logo, o foco do Estado em tempos de neoconstitucionalismo, de pós-modernidade, é uma preocupação completa de todos esses direitos do homem previstos na Constituição dos Estados, os quais devem ser respeitados na sua integralidade (na máxima efetivação possível de cada um) para que se possa ter uma visão completa da dignidade da pessoa humana. Só com a efetivação de uma vida digna (em todas as suas perspectivas) aos cidadãos é que o Estado mantém sua razão de existir. (*In*: FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção de Meio Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sócioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

¹⁰³ Como conceito operacional de dignidade da pessoa humana tem-se a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Sociedade Civil, implicando, num complexo de direitos e deveres

Nos dizeres de Rosemiro Leal¹⁰⁴:

O Estado que se tem que estudar; aperfeiçoar e implantar, é o da pós-modernidade: é o Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde, por norma indubitosa, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º), como necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito como a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo.

Afirma Júlio César Marcelino¹⁰⁵ que:

Na contemporaneidade, especialmente na década e 40, ocorre uma verdadeira guinada histórica – sem precedentes, diga-se. Aquele liberalismo moderno romântico, sonhador e, como dito, ainda um tanto quanto ingênuo, passa por uma releitura que mudariam os rumos da humanidade.

Com a implantação do Estado Democrático de Direito, a Constituição ganha natureza jurídica de lei fundamental assumindo papel político na efetivação dos direitos fundamentais. A Constituição passa a ser o núcleo o ordenamento jurídico, irradiando seus valores por todo o sistema positivo existente.

Para Lênio Luiz Streck¹⁰⁶:

(...) a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem as dimensões *democráticas* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal), e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de “essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra.

No período pós-moderno, a lei passa a ser submetida a um processo de adequação e subordinação valorativas aos preceitos insertos na Constituição, que

fundamentais que assegurem a pessoa condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

¹⁰⁴ LEAL, Rosemiro, *apud* NEGRI, André Del. **Controle Constitucionalidade no Processo Legislativo**: Teoria da legitimidade democrática. 2003. p. 26.

¹⁰⁵ MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. DO VALLE, Juliano Keller e MARCELINO JUNIOR, Julio César. **Reflexões de Pós Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. 2008. p. 102.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 22.

agora ocupa o patamar mais alto do Direito, o centro (formal e material) do sistema jurídico que sustenta a existência legítima do Estado.

A submissão da lei à Constituição não está mais apenas na esfera formal (de distribuição de competências legislativas e formalidades procedimentais), mas acima de tudo há uma submissão material (axiológica, moral) das regras legais as normas insculpidas na constituição.

Esse período de pós-modernidade inicia-se quando o constitucionalismo, agora conhecido como neoconstitucionalismo, passa a ver em todo texto constitucional, em especial nos direitos fundamentais, um caráter normativo e, portanto, impõe ao Estado uma maior atuação jurídico-política para a concretização das normas expressas na Constituição, em especial aquelas relacionadas a dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

O período de neoconstitucionalismo (existente no Estado Contemporâneo, de modelo Democrático de Direito), é a evolução, ou, se preferir-se, a transformação, do antigo constitucionalismo (do período de modernidade, de um Estado Liberal de Direito). O neoconstitucionalismo poder ser tido como o movimento social, político e jurídico destinado a limitar o exercício do poder do Estado frente aos cidadãos e, mais que isso, efetivar os demais direitos fundamentais (sociais e coletivos) a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundantes do Estado.

Diz Gustavo Zagrebelski¹⁰⁸ que o Estado Constitucional de Direito permite uma flexibilidade, uma “ductibilidade” da Constituição nascida no Estado Liberal de Direito, devendo ela hoje estar aberta para a figura dos princípios e valores dos direitos fundamentais.

Essa abertura constitucional com ampliação da sua importância e significação decorre dos avanços tecnológicos; da nova visão de sociedade pós-guerra (fragilizada e traumatizada com o totalitarismo), da modificação dos

¹⁰⁷ KRIELE, Martin. **Introdução a Teoria do Estado**: fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. 2009. p. 29.

¹⁰⁸ Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil**. 2005. p. 14.

processos políticos; da implementação da democracia; de mudanças econômicas; das concepções plurais do ser humano e seu grupos ideológicos, dentre outras mudanças, que, como dito, refletem no Direito e, por consequência na ideia de Estado e de Constituição.

A letra fria da lei não mais acompanha as mudanças ideológicas e os novos direitos que vão surgindo. O Direito não pode mais andar distante da moral, do valor Justiça. A dignidade da pessoa humana e sua carga valorativa passam a ser o núcleo da Constituição, o fim maior do Estado, o indicador de direcionamento ao Direito.

“Para uma comunidade consciente de suas necessidades, norma justa será a norma desejada, ou seja, a que corresponda a uma necessidade”.¹⁰⁹ Dessa forma, volvida de valor, a norma positivada é tida por legítima. O valor é mecanismo de legitimação¹¹⁰ da obrigatoriedade da norma jurídica, é ele quem torna a norma justa e útil materialmente.

A questão do valor ético da Justiça é de suma relevância eis que dele decorre a legitimidade da coerção imposta por uma norma. Se a Justiça estivesse distanciada da moralidade social, portanto da ética, o ato de coerção seria ilegítimo provocando resultados negativos a comunidade. Em tais hipóteses de ilegitimidade da coerção normativa “a reação provocada no coagido, é a mesma da vítima do assalto, o que provoca um sentimento negativo no tecido social que pode ter as mais desastrosas conseqüências”.¹¹¹

Assim o pós-positivismo¹¹² deve fazer o resgate do valor Justiça como

¹⁰⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 107.

¹¹⁰ O termo legitimação, deriva da palavra legitimidade, que para essa pesquisa terá como conceito operacional a adequação da produção e aplicação normativa, assim como da ação administrativa, para o respeito à dignidade da pessoa humana, através dos valores expressos nos direitos fundamentais.

¹¹¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 114.

¹¹² O pós-positivismo é marcado por ser um movimento jurídico surgido a partir do século XX e fortalecido no XXI, que faz surgir novas compreensões sobre princípios, as normas e os valores, assim como dotado de técnica de hermenêutica argumentativa e da Teoria dos Direitos Fundamentais, destinado a criar novos paradigmas para a visão do Estado, da Constituição e da Sociedade Civil (*In*: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, 2003. p. 175).

categoria cultural, decorrente de um núcleo ético, ou seja, moralmente aceito pela sociedade em cada momento e circunstância da história do homem, o qual justifica a norma e lhe atribui validade substantiva, material, além da validade formal.

Passa-se a repensar a figura do Estado e da Constituição, defendendo-se a idéia de um constitucionalismo não mais simplesmente liberal (pelo qual a lei cria e defende os direitos individuais dos cidadãos em relação ao Estado), mas sim um Estado Democrático de Direito, que pondo a Constituição e nela os direitos fundamentais como centro do ordenamento jurídico, passa a ter a responsabilidade e a obrigação de dar uma resposta mais legítima a sociedade atual.

(...) o constitucionalismo nas suas diversas fases aponta para esse desiderato – a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros (...).¹¹³

Cumprido esclarecer que o atual momento de pós-modernidade não faz uma desconstrução do positivismo. A nova fase do constitucionalismo mantém o respeito a legalidade, mas introduzindo nessa normatização questões axiológicas e políticas. Há uma reaproximação entre o Direito e moral. Os valores sociais e coletivos passam a interferir diretamente na aplicação e no resultado desejado da norma.

(...) é impossível reduzir a vida jurídica a meras formulações lógicas ou a um simples encadeamento de fatos, devendo reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o freqüente apelo que se volta a fazer a idéias como a de equidade, probidade, boa fé, etc. a fim de capitar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado 'em razão da suas circunstâncias'.¹¹⁴

Os direitos fundamentais, até então protegidos pela lei, passam a ganhar maior importância e assim montam o núcleo principal da Constituição, a qual, em tempos de neoconstitucionalismo, é o centro de poder e legitimidade de todo o sistema legal existente no Estado. O Estado Democrático de Direito, decorrente de um Direito pós-positivista, dá margem ao surgimento de uma Constituição aberta,

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 21.

¹¹⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007. p. XIV.

mais democrática, preocupada em dar efetividade aos direitos fundamentais “O Estado constitucional democrático atual é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”.¹¹⁵

A emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos vêm a estruturar um novo modelo teórico e normativo que se convencionou denominar de “modelo pós-positivista” ou “neoconstitucionalismo”. Por neoconstitucionalismo deve-se entender o seguinte:

- a) Um conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam o poder do estado e protegem os direitos fundamentais;
- b) A ideologia que sustenta esse modelo de organização;
- c) Enquanto teoria do direito, é o discurso descritivo que a constitucionalização implicou para as categorias centrais de seu objeto, tais como direito subjetivo, norma, interpretação, etc.;
- d) Enquanto método, colocar-se-ia em sentido oposto ao do positivismo, ao reivindicar a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral¹¹⁶.

Há uma enorme valorização dos direitos fundamentais como princípios (e como tal, normas), devendo a Constituição estar atenta aos acontecimentos sociais, políticos, econômicos e jurídicos de sua época e lugar, para poder emoldurar a letra da lei ao caso concreto apresentado. Há uma amplitude do conteúdo material da Constituição como forma de alcançar-se maior eficácia dos direitos nela contidos.

No período da pós-modernidade o neoconstitucionalismo ampara-se na idéia de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, um sistema amplo, composto por normas das quais decorrem os direitos fundamentais. A Constituição tem por escopo teleológico finalístico o de servir de instrumento para a realização dos direitos fundamentais possibilitando a existência do Estado Democrático de Direito.

Com esta visão, ganha especial relevo o papel dos princípios (de direitos fundamentais). No modelo anteriormente adotado a norma positivada não estava mais conseguindo apresentar respostas satisfatórias aos desejos cada vez mais

¹¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

¹¹⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. São Paulo : Millennium Editora, 2006. p. 25.

variados e inesperados das relações havidas pela humanidade no seio da Sociedade Civil. Os princípios representam uma aproximação dos conceitos de Direito e da Justiça, do Direito e da moral, trazendo consigo uma carga histórico-valorativa dos direitos do homem.

O pós-positivismo surgiu para revelar um novo ideal da Sociedade Civil a ser normatizada pelo Direito. Busca-se inserir “no âmbito das constituições vigentes no Estado Contemporâneo, instrumentos que visem a dar a Sociedade Civil a oportunidade de uma melhor forma de inter-relacionamento com o Estado”¹¹⁷. Isso se faz inserindo no núcleo jurídico do ordenamento a Constituição e dela fazendo surgir uma força vinculante sobre todo o sistema, inclusive sobre a atuação do Estado, que deve ser protagonista direto na concretização dos direitos fundamentais, fazendo haver uma reaproximação do Direito com a Ética.¹¹⁸

Paulo Bonavidez ao comentar a evolução da importância dos princípios ao longo da história, subdivide sua análise em três momentos, um *jusnaturalista* (quando da fase pré-estatal e ainda do Estado Absolutista), outro positivista (quando do Estado Liberal de Direito) e, por fim, um terceiro momento, pós positivista (quando do Estado Democrático de Direito). Sobre esse último momento, assim se posiciona:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativos sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

A normatização constitucional dos princípios faz com que, para o Direito, a lei deixe de ser o seu elemento central, passando este a ser a dignidade da pessoa humana (e, portanto, os direitos fundamentais) previstos na Constituição, o

¹¹⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso a justiça**. 2006. 54.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. n. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. jul-dez. p. 175.

que enseja em uma abertura constitucional axiológica, aplicada através de mecanismos racionais de hermenêutica¹¹⁹.

Diz-se que a Constituição é aberta porque ela passa a ser um conjunto de regras e princípios, em que o sistema normativo constitucional apresenta-se apto a moldar-se de acordo com as novas realidades sociais.

Conforme o jurista Oswaldo Ferreira de Melo¹²⁰,

Para que o direito assuma o seu mais importante papel, que é o de harmonizar conflitos e, com isso, estetizar as relações humanas, será preciso estar ele fundamentado em princípios e valores capazes de sustentar adequadamente as estratégias necessárias para esse objetivo. Quanto aos princípios, que são os faróis para guiar os navegantes dos mares dos interesses incoincidentes – precisamos deles fortes e garantidos pela Constituição. O avanço do constitucionalismo na história das instituições políticas e das novas posições jusfilosóficas da contemporaneidade permitem que se possa contar com os princípios atuando como verdadeiras normas e, normas-fontes de toda regulação destinada à superação das crises sociais.

Como dito, os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meros norteadores da aplicação da lei, para serem considerados como normas fundamentais, carregadas de valores e de eficácia.

Segundo Celso Ribeiro de Bastos¹²¹:

Os princípios constitucionais demonstram sua transcendência ao encampar valores, impedindo que a Constituição se torne um corpo sem alma, uma vez que fornecem a ótica sob a qual a Constituição será manuseada de forma segura

Gustavo Zagrebelski¹²² afirma que a distinção que antes era simplesmente conceitual, pois, os princípios no período Liberal não possuíam força normativa, no presente momento da vida humana, ganham relevante importância.

¹¹⁹ Os temas de direitos fundamentais como princípios; a força normativa dos princípios; e as formas de hermenêutica constitucional serão debatidos oportunamente nos capítulos que seguem.

¹²⁰ MELO, Oswaldo Ferreira de DIAS, *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Oswaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós Modernidade**. 2009. p. 97.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 2004 p. 97

¹²² Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil**. 2005. p. 51.

Por serem norma, os princípios são patrimônio inviolável, de aplicabilidade efetivamente concreta, independente da lei.

Con las Constituciones contemporáneas , la distinción hobbesiana entre lex y ius deja de ser exclusivamente una precisión conceptual o una aspiración – moral – (segundo el significado que el adjetivo asume de la formulación ‘moral rights’, comprensible allí donde no existe una Constitución en el sentido continental). Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizás aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de los derechos establecidos en constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que lo expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como – patrimonio jurídico de su titulares, independiente de la ley.

Fazendo crítica aos métodos de aplicação do direito no caso concreto em períodos de positivismo, o autor acima¹²³ afirma que a falta de atenção e importância aos princípios seria o mesmo que mecanizar o direito, retirando-lhe os valores e, assim, distanciando-se da verdadeira noção de Estado em período de pós-modernidade.

Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar el la – maquinización – de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo jurídico y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida que el derecho contenga principios. La – aplicación – de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una – reacción –, se – tome posición – ante ésta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de – tomar posición – en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tornarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.

Logo, no atual panorama da realidade nacional, acredita-se estar se vivendo em um momento em que o Direito passa a ser pós-positivista, ainda

¹²³ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. 2005. p. 111.

amparado em normas, mas não somente normas regras, mas também normas princípios, as quais trazem em seu bojo elementos axiológicos, reaproximando o direito da moral, do conceito cultural de Justiça, portando, sendo ético e, assim legítimo.¹²⁴

Isso revela que o Estado Contemporâneo é um Estado Democrático de Direito, e somente com essa roupagem, é que se torna capaz de satisfazer aos desejos e necessidades da Sociedade Civil em tempos de pós-modernidade.

¹²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 105.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no capítulo anterior, o Estado, a Constituição e o Direito, desde o fim do segundo pós-guerra sofreram inúmeras transformações em decorrência das mudanças existenciais ocorridas na Sociedade Civil. Impulsionados pelo movimento neoconstitucionalista o Estado passou a ser compreendido de maneira constitucional, colando a Constituição como elemento central, material e formal, de todo o ordenamento jurídico.

Pôs-se fim ao constitucionalismo surgido no Estado Liberal, cuja ideia era individualista, para dar-se espaço a um novo modo de ver e encarar o mundo pós-moderno (através do neoconstitucionalismo), agora envolvido também pelo ideal da igualdade material e da fraternidade, numa reaproximação do Direito com os valores morais decorrentes da história humana.

A liberdade do Estado de Direito, a igualdade formal e o não intervencionismo estatal da era moderna, já não mais respondiam aos anseios da Sociedade Civil do século XX e XXI.

Dessa forma novos direitos fundamentais além dos individuais e políticos, foram surgindo, a saber, de ordem social e coletiva. Referidos direitos que representam a dignidade da pessoa humana foram inseridos no núcleo axiológico das Constituições e passaram a emanar seus valores sobre todo o ordenamento jurídico, assim como a servir de fator de legitimação das ações do Estado.

A Constituição deixou de ser uma simples carta política, assim como um mero arcabouço enumerativo dos direitos do homem, para passar a exercer papel mais ativo e influente sobre o Estado contemporâneo e sobre a Sociedade Civil dos

tempos atuais. Além de proteger os direitos do ser humano a Constituição ainda passou a criar normas que buscassem a concretizar os referidos direitos e assim dar efetividade e eficácia a dignidade do homem¹²⁵.

Com isso, se pode afirmar que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional, radicado no princípio da dignidade do ser humana.”¹²⁶ Ou seja, o homem e a sua dignidade passam a ser o centro de maior importância das ações do Estado, o que faz através da implementação dos direitos fundamentais.

O fenômeno da abertura constitucional ou da constitucionalização em aberto, que assinala o constitucionalismo pós-moderno, radica, assim, fundamentalmente no cânone da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana, alçado em forja central da eclética e difusa produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea.¹²⁷

É possível verificar que a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais daí decorrentes é tida por princípio fundante e alicerce do Estado contemporâneo e da sua democracia constitucional. É o centro de legitimação, o núcleo ético, de todo o “Sistema Democrático”.

La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompaña a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye

¹²⁵ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet o conceito de dignidade da pessoa humana em tempos atuais poderia ser tido como: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. (In SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2012. p. 73.

¹²⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. in SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. 2006. p. 143.

¹²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2005. p. 20-21.

al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona e la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y da laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso. Cundo reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponden a las sociedades ben ordenadas, nos estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un ponto de partida y también un horizonte final, un ponto final llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública.¹²⁸

O neoconstitucionalismo “carrega consigo uma espécie de visão intuitiva, pragmática, razoável e plural de Justiça, calcada no binômio da dignidade humana – solidariedade social”. Referida dignidade do homem e a solidariedade que nascem na pós-modernidade decorrem “sistemicamente, a partir do conjunto de direitos humanos a que a ordem constitucional atribui o status de fundamentabilidade”.¹²⁹

Os direitos fundamentais em tempos pós-modernos teriam a função de informar e ordenar a criação e aplicação do conjunto de regras legais e ações políticas praticadas pelo Estado (e também as ações privadas da Sociedade Civil) que tenham o escopo de dar ao homem uma vida digna, com sentido e possibilidades de aperfeiçoamento, de progresso, o que faz pelos direitos fundamentais.

Como diz Gregório de Peces-Barba Martínez:

Estoy pensando, principalmente, en la construcción de los derechos fundamentales en la modernidad, como núcleo central de la ética pública y como Derecho positivo, como el referente principal y más amplio para la dignidad.¹³⁰

É a proteção e concretização dos direitos fundamentais que torna a vida digna e pacífica, revelando a satisfação da Sociedade Civil frente a sua atuação do Estado contemporâneo.

¹²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2003. p. 66-67.

¹²⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. 2006. p. 153.

¹³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2003. p. 63.

Mas o que seriam estes direitos fundamentais em tempos pós-modernos? A primeira forma que se buscou para esta indagação é analisar o seu epíteto.

Numa visão ontológica, material, direitos fundamentais e direitos humanos representariam a mesma coisa, eis que derivam da mesma fundamentação antropológica de que todo o ser humano deve ser reconhecido como tal. Portanto, tem direito a uma vida digna com condições mínimas de desenvolvimento de sua personalidade.

Todavia, no plano formal, é possível verificar-se existir distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Os direitos humanos seriam aqueles ligados ao homem como ser, direitos pré-estatais que pertencem ao ser humano pela simples qualidade de ser “homem”. Já os direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos internamente no ordenamento dos Estados. Assim, quanto à forma, ao tempo que os direitos fundamentais são direitos dos indivíduos vinculados a um ordenamento jurídico de um Estado, os direitos humanos seriam direitos universais, supra-estatais, existentes independentes de uma Carta político-jurídica que os consagre.

Daí decorre uma consequência que pode ser apresentada também como uma distinção. Como os direitos humanos são proposições morais fundamentadas, pré-estatais, que existem independentemente uma norma maior que os preveja, eles tratam-se de pautas ético políticas. São direitos morais, situados numa dimensão supra-positiva, filosófica, não podendo ser exigidos de forma concreta no plano jurídico. Já os direitos fundamentais, na qualidade de serem direitos humanos previstos em uma Constituição, tem inserido em seu cerne a possibilidade de serem exigidos do Estado.

Assim, a Constituição seria o albergue de dogmatização jurídica dos direitos do homem, o *locus* no qual são inseridos os desejos de uma nação.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese haver a distinção formal entre direitos humanos e direitos fundamentais, há um reconhecimento material de sua equivalência, pois, não só apenas aqueles positivados na Constituição são

considerados direitos fundamentais, mas todos aqueles reconhecidos internacionalmente em tratados e convenções que o país seja signatário. Ou seja, os direitos humanos previstos em norma supra-estatais ganham *status* de direitos fundamentais e, portanto, passam a gozar da exigibilidade que é afeta desses.

Os direitos fundamentais são os próprios direito do homem que reconhecidos internamente (de maneira expressa ou interpretativa) receberam o acobertamento do positivismo jurídico constitucional, o que se deu em decorrência de sua significância e necessidade de proteção.

Como explica Gregório Precés Barba Martínez em que pese possa haver distinção material nos conceitos, o termo direitos humanos “*es sin duda de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos (...) como por los ciudadanos*”.¹³¹

Inúmeras já foram as expressões adotadas ao longo da história para, supostamente, tratar dos direitos humanos, tais como, direito naturais; direitos públicos subjetivos; liberdades públicas; *et cetera*. Porém, todas essas nomenclaturas possuem limitações de compreensão no termo linguístico adotado. Elas estão diretamente ligadas ao contexto histórico em que foram desenvolvidas e limitadas pelas ideologias e posições filosóficas que as justificavam naqueles momentos e lugares de seu surgimento. Assim, tendo em vista estas restrições de compreensão não se prestam (com o devido respeito aos que os adotam) para servir de sinônimo ao que se denomina e compreende por direitos fundamentais.

Assim, a expressão direitos fundamentais a ser usada nesse estudo está diretamente ligada ao termo direitos humanos, com ele se distinguindo por um critério espacial e formal. Os direitos humanos representariam os direitos reflexivos da dignidade da pessoa humana no plano internacional, ao tempo que os direitos fundamentais seriam os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana no plano interno dos Estados, reguladas por uma norma, via de regra (nos Estados Democráticos de Direitos) de caráter constitucional.

¹³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 21.

“Al utilizar el término <derechos humanos> podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica”¹³².
Dai decorre na interpretação do jurista Gregório de Peces-Barba Martínez uma nítida ambiguidade entre a concepção jusnaturalista e a compreensão juspositivista da expressão, o que a torna imprópria para bem representar os direitos inatos ao ser humano que decorrem da sua dignidade, da qualidade de ser homem.

*<Derechos Humanos> no es la expresión adecuada y aquí el consentimiento universal, que se desprende de su utilización generalizada, no es razón para captarla como base para un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar.*¹³³

O termo mais adequado e justificável para discorrer sobre os direitos ligados a dignidade da pessoa humana seria “direitos fundamentais”, eis que ele: a) É mais precisa que o termo direitos humanos, não representando a ambigüidade que essa expressão carrega consigo; b) pode abarcar todas as dimensões dos direitos humanos sem incorrer em reducionismo jusnaturalista ou juspositivista; c) é mais adequado que a expressão direitos naturais, eis que não afasta a necessária compreensão juspositivista que os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana necessita; d) é mais apropriada que os termos direitos públicos subjetivos, ou liberdades públicas, uma vez que estes termos se distanciam da necessária dimensão moral que a dignidade da pessoa humana e os direitos dela decorrentes exigem.

A expressão direitos fundamentais “es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que es supone”. Além disso, “puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista”.¹³⁴

Logo, no presente trabalho, sem o intuito de afastar-se a importância e validade dos demais termos utilizados por outros juristas, ou ainda, sem a pretensão

¹³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 24.

¹³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 24.

¹³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 37.

de negar-lhes a validade, mas com a simples intenção de justificar seu uso, valer-se-á da expressão direitos fundamentais.

A compreensão dos direitos fundamentais “*suponde una actividad intelectual integradora de lo que llamo filosofía de los derechos y Derechos positivos. Es un punto de encuentro entre Derecho y moral*”.¹³⁵

Nos direitos fundamentais o espírito e a força, a moral e o direito, entrelaçam-se, de modo que a sua separação torna incompreensível a sua compreensão.

Por tal, os direitos fundamentais para essa pesquisa podem ser tidos como:

1) *Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con las matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática e socialista. (...)*

2) *Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporada a una norma, que puede obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se dependen para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección jurídica, y, por supuesto que se puede atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.*¹³⁶

Assim, por direitos fundamentais, há de se entender como as pretensões morais justificadas decorrentes da dignidade da pessoa humana que foram se formando na antiguidade e no período medieval com a força do *jusnaturalismo* (especialmente o racional) e receberam o selo legal da modernidade dentre de cada ordenamento de um Estado como forma de lhes atribuir proteção e efetivação, estando hoje elevados ao *status* constitucional, servindo de bússola para as ações do Estado e, ainda, mecanismos de verificação de legitimidade dessas ações.

¹³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 103.

¹³⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**, 1999. p. 110.

2.2. SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adotada e justificada a utilização da expressão direitos fundamentais para esta pesquisa, passa-se agora a traçar uma análise sobre o seu surgimento. Os direitos fundamentais, assim como a dignidade da pessoa humana da qual são reflexo e se convergem, não poderiam ser analisados sem uma perspectiva histórico cultural. “Os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano”.¹³⁷

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹³⁸

Cada um desses direitos nasce ao seu tempo, no tempo em que efetivamente deveria nascer, ao que sua análise deve ser feita também com esse olhar historicista.

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas.¹³⁹

Assim dada a sua importância na compreensão do assunto, a história dos direitos fundamentais pode ser didaticamente apresentada em cinco momentos, a saber: a sua conquista; a sua positivação; a sua generalização; a sua internacionalização e a sua especificação. Referidas fases acompanham a evolução da dignidade da pessoa humana, pois, a partir das diferentes compreensões temporais sobre a dignidade do homem é que foi evoluindo a compreensão sobre os

¹³⁷ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *in* VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. 2008. p. 194.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992. p. 9.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992. p. 12.

direitos fundamentais.

Quanto a fase inicial, a de conquista, a que foi o berço do surgimento dos direitos fundamentais ela representa todos os elementos que, mesmo não gerando a compreensão direta da figura dos direitos fundamentais (que necessariamente dependem de positivação para o seu surgimento), serviram para embasar a forma de pensar e a compreensão contemporânea sobre essas proposições morais justificadas dotadas de eficácia e efetividade.

Antes do processo de positivação, “parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais”.¹⁴⁰

A fase de formação, ou conquista, é representada pelos conhecimentos filosóficos da Antiguidade e posteriormente da Idade Média que reconheceram no homem um ser possuidor de virtudes naturais inalienáveis.

Ocorrida antes do surgimento do Estado, esta fase se pautava da filosofia *jusnaturalista*, que através da divindade, e posteriormente da razão, afirmava existir nos homens qualidades metafísicas que os tornavam especiais em relação às demais criaturas existentes sobre a terra.

Essas qualidades, essas virtudes, deram origem aos primeiros ensaios sobre o que posteriormente viria a ser os direitos do homem (até então compreendidos apenas no aspecto moral). Nessa época antiga, esses qualitativos assim não eram reconhecidos como direitos fundamentais, pois, ainda não se tinha sequer a correta e adequada compreensão de dignidade da pessoa humana, muitos menos das proposições morais fundamentadas com força legal daí decorrentes.

Mesmo assim, mesmo sem essa percepção (atual) da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, no período da Antiguidade, esse reconhecimento de o homem ser titular de direitos inalienáveis, decorrentes da própria razão de ser homem, podem ser tidos como elementos importantes para no

¹⁴⁰ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *in* VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. 2008. p. 195.

decorrer da evolução histórica servirem de base para a compreensão dos direitos fundamentais no seu formato contemporâneo.

Assim como em relação à dignidade da pessoa humana, diversos foram os acontecimentos que ao longo dos tempos foram criando os primeiros contornos sobre os direitos fundamentais. Na Antiguidade, ganham importância (além de outros) o estoicismo grego, que reconhecendo no homem uma liberdade interior rompe com o pensamento mitológico e subordinador do homem ao interesse dos deuses, para dar início ao pensamento antropológico, baseada na razão humana; assim como o cristianismo, que fortalecendo a ideia de liberdade do homem, reconhece a sua “igualdade” com o criador e, portanto, sua qualidade de ser detentor de valores que são intangíveis.

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

¹⁴¹

Ainda inserido na fase primária da conquista, na qual não existiam direitos fundamentais, mas inúmeros elementos que levaram ao surgimento e a evolução desses direitos nas demais fases de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação, a Idade Média também teve forte contribuição histórica cultural nesse caminhar evolutivo.

Foi na Idade Média que começaram a surgir os primeiros escritos sobre esses direitos naturais (racionalis) do ser humano. Nessa fase pré Estatal, na qual a Constituição sequer existia (ao menos não na compreensão moderna e pós-moderna que veio a assumir posteriormente como limitadora do poder e realizadora dos direitos fundamentais), não havia a ideia de um direito formal. Nessa época, o surgimento dos direitos fundamentais, ou melhor, dos elementos que posteriormente vieram a amadurecer e tornarem-se direitos fundamentais, tiveram forte influência do pensamento de Santo Tomás de Aquino e em alguns documentos escritos de caráter

¹⁴¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2001. p. 23-24.

político.

Esse filósofo da Igreja, “tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados”.¹⁴²

Dentre os documentos escritos dessa época, ainda que raros, merece destaque a Magna Carta, outorgada por João Sem-Terra no século XII na Inglaterra, pelo qual o soberano, devido a pressões exercidas pelos barões e pela Igreja, veio a elaborar um documento que assegurava alguns direitos que até então eram de ordem moral.

A proto-história desses direitos tem raízes nos pactos medievais mediante os quais os senhores feudais retiravam dos reis certas concessões e privilégios vagos, apelando para um repositório imemorial de princípios vagos, mas suficientes para sustentar suas leituras e interpretações garantistas, como sucedeu com a Magna Carta de 1215.¹⁴³

Mesmo assim, ainda que se possam ter havidos alguns documentos que assegurem direitos nesse período da história, não havia no mundo um movimento nesse sentido, (uma prevalência desse reconhecimento expresso dos direitos naturais) ao que não se pode falar que eles foram os primeiros direitos fundamentais, ou que a Idade Média seja o período de surgimento dessas proposições morais fundamentadas com eficácia e efetividade normativa. Foram sim os primeiros ensaios da humanidade para o que hoje ela tem de mais relevante, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais daí decorrentes.

Os direitos assegurados por João Sem Terra e pelos demais documentos isolados tratam-se de “regulações contratuais ou legais de direitos dos barões ou burgueses ingleses, que se bem tenham tornado, em um processo inconsciente, o caráter dos modernos princípios, não tiveram originariamente o sentido de direitos fundamentais”.¹⁴⁴

¹⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2012. p. 54.

¹⁴³ SAMPAIO, José Adércio leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2004. p. 150.

¹⁴⁴ SAMPAIO, José Adércio leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**, 2004, p. 169.

Todavia, os acontecimentos característicos da Idade Média, tais como um poder absoluto e descentralizado; o estilo de vida feudal; a influência da Igreja católica sobre o poder; etc., passam a perder cenário frente às novas realidades que foram surgindo ao longo do mundo. Era o fim do período Medieval e o início do período Moderno, marcado pelo surgimento do Estado (de Direito) e pela importância (formal) do ordenamento, com especial enfoque ao surgimento das Constituições como elemento de válida (formal) máxima das regras.

*No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad. Cuando afirmamos que se trata de un concepto histórico propio del mundo moderno, queremos decir que las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica. Antes existía una idea de dignidad, de la libertad o de la igualdad, que encontramos dispersa en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás.*¹⁴⁵

Diversos foram os fatores que contribuíram para essa mudança comportamental, mas em especial marcam a história o fim do feudalismo e a consequente ampliação do comércio que desemboca no surgimento de uma nova classe, a burguesia; a centralização do poder na figura do Estado (recém criado); e o abandono ao absolutismo real com a definição de regras (racionais) sobre os direitos e deveres dos membros da Sociedade Civil.

“(...) os direitos fundamentais são um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do trânsito a modernidade. (...)”¹⁴⁶

Para o surgimento deste Estado Moderno, marcado pela legalidade e pela positivação dos direitos até então naturais, o passo inaugural dessa jornada foi o “acordo” entre a burguesia e a monarquia. Essa desejava manter suas regalias e exercer o poder; àquela, como detentora do capital, necessitava de maior proteção para o seu comércio. É nesse jogo de interesses que se fixa o poder de forma centralizada nas mãos do monarca se criam regras que impõem limites a este

¹⁴⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**. 1999. p. 113.

¹⁴⁶ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. 2008. p. 194.

absolutismo.

Exatamente no aludido período histórico nascerá uma nova mentalidade que preparará o caminho para o surgimento de um novo homem e de uma nova sociedade que brotará progressivamente até a positivação das demandas jusnaturalistas dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas.¹⁴⁷

Ditas regras são reconhecidas como direitos do homem (agora numa visão puramente positivista). Aquelos direitos metafísicos até então existentes, passam a ser positivados nos ordenamentos internos que existem nos Estado que vão se criando.

Com essa formalização dos direitos até então naturais há um avanço no surgimento e compreensão dos direitos fundamentais. O surgimento dos direitos fundamentais está intimamente ligado a sua positivação, representando ela a segunda etapa de seu historicismo.

O processo de positivação se dá por meio da consagração dos direitos nos textos jurídicos, antes apenas projetados no plano da filosofia política. Reconhece o autor que o processo de positivação possui a característica de transformar as concepções jusnaturalistas racionais em normas, o que atribui precisão e segurança a esses direitos “pois, em lugar da sua evidência ou dedução racional apenas, impunha-se a certeza de uma declaração expressa”. Além disso, “sua realização ou efetividade, ao invés de derivar da sua ínsita racionalidade, passou a decorrer do grau positivo do grau positivo de vinculação dos poderes públicos a exigir efetividade.¹⁴⁸

O primeiro documento histórico dessa normatização dos valores decorrentes da dignidade humana, até então de cunho apenas moral e, doravante de característica legal, pode ser apresentado como o *Bill of Rights* de 1689 decorrente da Revolução Inglesa.

Já existiam outros documentos na Inglaterra reconhecendo certos direitos aos homens, como exemplificado pela Magna Carta de João Sem Terra. Porém, é com essa compilação e reafirmação dos direitos do homem pelo o *Bill of Rights* que

¹⁴⁷ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. 2008. p. 195.

¹⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2004. p. 207.

ganha força o movimento de surgimento dos direitos humanos e, posteriormente, dos direitos fundamentais.

Por esta declaração de direitos os Ingleses conquistam a afirmação legal (e a proteção daí decorrente) de serem detentores de certos direitos de liberdade frente ao poder monárquico até então existente e absoluto.

Ocorre que mesmo reconhecendo certos direitos ao homem, o monarca impôs ao Parlamento (responsável pela criação das regras) a existência de uma religião oficial, a Protestante, em clara oposição a Igreja Católica, que até então dominante estava com sua relação em crise com a monarquia.

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.¹⁴⁹

Essa imposição da crença protestante frente ao catolicismo até então dominante, cria medo em inúmeros súditos, que não desejam abandonar seus dogmas católicos. É por conta desse temor e somado a instabilidade da vida social e econômica da época que esse súditos resolvem migrar para a colônia americana, na qual podiam manter a prática católica e ainda tentar novas formas de vida.

Em 1765 os colonos americanos que vieram da Inglaterra atingem seu ponto máximo de insatisfação em relação ao rei, o que se dá em decorrência dos altos impostos que vinham sendo cobrados pela metrópole da colônia, diferentemente do que ocorria com os súditos que estavam próximos ao reino. Dito descontentamento desencadeou a Revolução Americana que historicamente é tida, ao lado da Revolução Inglesa, como um dos acontecimentos mais importantes para o surgimento dos direitos humanos.

Foi através dessa carta político-jurídico de cunho separatista datada de 1776 que as colônias americanas se tornaram independentes da metrópole Inglesa, declarando que todos os homens são criados iguais e que todos são dotados pelo

¹⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2001. p. 92.

Criador de certos direitos intangíveis, pela simples qualidade de serem homens.

A declaração de independência serviu como um marco nessa dualidade de pensamentos, e digamo, de metodologia. Antes dela, reclamavam-se principalmente em documentos e em ações, os direitos imemorais decorrentes da qualidade de ingleses. (...) Após a declaração de Independência, não se caberia reportar mais ao direito inglês ou dos ingleses na fundamentação de pedidos ou no texto de documentos oficiais, mas a um direito extraído da natureza humana.¹⁵⁰

A Declaração de Independência é “ponto de ultrapassagem da postulação de direitos naturais sobre as reivindicações baseadas em leituras religiosas”.¹⁵¹ Os valores de ordem moral, passaram a ser fixados no plano legal, impondo limites para a atuação absolutista do rei. O que antes era apenas conhecimento e reconhecimento (puro valor moral), agora ganha a marca da legalidade (*status* de regra).

Poucos anos após, em 1778, já independente, o povo americano elabora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento este tido como o mais importante no que se fala de direitos humanos. Referida declaração reconhece direitos individuais políticos e civis aos homens americanos, fixando concretamente a existência de direitos humanos, pertencentes a todos os homens indistintamente, independente das vontades do detentor do poder.

Outro acontecimento desse período de suma relevância para a compreensão dos direitos fundamentais a iniciar pelos direitos humanos decorre do Iluminismo. Através do movimento iluminista, baseado no racionalismo, foram surgindo novas concepções filosóficas, sociais e políticas do homem e dos seus direitos.

*Los esfuerzos del hombre moderno irán cristalizando en una cultura propia que desembocará en la Ilustración, y de la que entresacamos os cuatro rasgos decisivos para la construcción de la filosofía de los derechos fundamentales: son la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo*¹⁵²

¹⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2004. p. 150.

¹⁵¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2004. p. 150.

¹⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**. 1999. p. 127.

A secularização se desenvolve frente as características da sociedade medieval, que contrapõe a vida do homem baseada na autoridade da Igreja. Os temas religiosos passam a ser substituídos por temas humanos.

O naturalismo representa uma consequência da secularização e pressupõem “uma volta” ao “estado natural”. Porém, da atração pela natureza se passa ao real conhecimento da natureza através dos progressos científicos distanciados agora das limitações impostas pelo pensar da Igreja.

Já o racionalismo, como outro fator importante e decisivo para o surgimento dos direitos fundamentais, supõe a confiança no valor da razão como instrumento de conhecimento, servindo para o domínio sobre a natureza e a vida social.

Por fim, o individualismo como último dos elementos filosóficos base para a mudança de pensamentos e atitudes que desencadearam na criação dos direitos fundamentais, representa a forma própria de atuação do homem burguês que quis a partir da modernidade ser protagonista da sua própria história e não um mero participante da história Divina

Nesse Período de Luzes, mais precisamente no século XVIII, na França, com o movimento de contraposição ao absolutismo real existente, desenvolveu-se a Revolução Francesa, da qual resulta a Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão (datada de 1789) como sustentáculo da bandeira da igualdade e da liberdade. Livre e igual não apenas como direitos pertencentes a cada homem, mas reconhecidos e garantidos pelo Estado e contra o próprio Estado.

Transcrevendo parte do prólogo da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão José Adércio Leite Sampaio diz que:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas únicas da desgraça do mundo, resolveu expor em uma declaração solene esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos possam comparar sem cessar os atos do governo com o fim de toda instituição social, não se deixando jamais oprimir, aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre diante dos olhos as bases de sua liberdade e de sua felicidade; o

magistrado; a regra dos seus deveres; o legislador o objeto de sua missão. Em conseqüência, proclama, em presença do Ser supremo, a declaração (...) de direitos do homem e do cidadão.¹⁵³

As declarações que sucederam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa passaram a refletir um Estado liberal-abstencionista, reconhecendo a igualdade formal de todos e garantindo com amplitude as liberdades individuais, de caráter negativo, proibitivo, reconhecendo esferas que não podiam sofrer a interferência de outrem, nem mesmo do Estado. Neste período a figura do Estado que nasceu Absolutista, passa a ser Liberal-abstencionista.

Analisando a Revolução Inglesa, Americana e Francesa, e apontando pontos de concordância e divergência entre os modelos, José Adércio Leite Sampaio afirma que “vislumbra-se em todos, o processo de afirmação do paradigma liberal de Estado, todavia com história bem distintas)”.

E a continua:

Na Inglaterra essa afirmação se operou por um sistema de reformas ou de acomodações sociais e políticas, enquanto na França se deu por meio de um processo revolucionário, que pôs abaixo o Estado absolutista e, nos Estados Unidos, coincidiu com o movimento de independência e nascimento de um novo Estado. Na Inglaterra, dominou a solução pragmática, na França o triunfo se fez com a pregação do ideário iluminista e *jusnaturalista* de direitos naturais, inatos, intemporais e universais, enquanto os norte americanos fundiam o pragmatismo pactista inglês e o ideário dos direitos universais e abstrato racionalistas”¹⁵⁴.

Já envolvido nesse contexto igualitário e libertário fruto do Iluminismo e fortalecido com as experiências da Revolução Inglesa, Americana e Francesa e, ainda, com a ampliação do capitalismo na Europa e a conseqüente mudança do panorama social causado pela Revolução Industrial, é que no século XIX houve uma ampliação da compreensão dos direitos do homem que posteriormente vieram a se tornar direitos fundamentais.

Em decorrência da Revolução Industrial houve drástica mudança nos sistemas econômicos da época. Os ideais de luta, até então voltados à liberdade e a

¹⁵³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2004. p. 197.

¹⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2004. p. 157.

igualdade, através do reconhecimento dos direitos fundamentais e da garantia de não intervenção de qualquer um sobre estes direitos, deixam de ser apenas contra a opressão da política intervencionista do Estado. Tornam-se também num combate direto contra a opressão econômica imposta pela industrialização e sua produção em massa.

Decorrente do conflito entre o capital e o trabalho, fato ensejador da opressão sócio-econômica imposta aos trabalhadores pelos detentores dos meios de produção, uma nova luta passa a existir, a luta pela igualdade material. A Revolução Industrial criou forte distinção social. De um lado os ricos, donos das fábricas, bastados e com todos os seus direitos de liberdade e igualdade assegurados. Do outro, o proletariado explorado, possuidor de liberdades e igualdades puramente formais, ou seja, não existentes na prática, mas apenas na utopia do texto legal.

Nessa época, embora todos possuíssem liberdades e igualdades, estas eram na prática usufruídas apenas pelas classes favorecidas, pois, a desigualdade social (embora todos fossem iguais perante a lei) impedia o gozo dessas prerrogativas morais justificadas.

É a partir desta realidade histórica que os cidadãos explorados almejam criar um “freio”, ou melhor, um contrapeso ao individualismo liberal e a simples igualdade formal que desencadearam em elevada injustiça social. A luta nesse momento era uma luta da classe operária por melhores condições humanas de trabalho, uma luta por direitos sociais.

Os direitos humanos deixam de representar apenas uma faceta negativa, de proibição, de não intervenção, para exigir uma postura ativa, positiva, de necessária intervenção e ação por parte dos detentores do poder.

Ultrapassada essa fase da positivação dos direitos fundamentais, de sua transformação de direitos metafísicos, de simples proclamações políticas e concepções puramente morais em verdadeiros direitos vistos como normas, abre-se então espaço ao surgimento de uma nova fase. Uma etapa denominada de fase de

generalização, na qual os direitos fundamentais (negativos e positivos) ganham universalidade.

*La generalización consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos (...).*¹⁵⁵

Os direitos fundamentais deixam de ser direitos de uma classe, a burguesa, para ser direitos de todos, de todos os homens membros da Sociedade Civil.

O principal documento que marca esse novo período da história dos direitos fundamentais, até então compreendidos como direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das nações Unidas.

Neste novo período da história os direitos humanos passam a ser tidos como universais e positivados. A qualidade da universalidade é resultante de que os direitos fundamentais não pertencem mais a esse ou aquele cidadão dependendo do Estado em que eles se fixam, mas sim, pertencendo a todo o ser humano de maneira indistinta. Já a qualidade da positivação, resulta da saída dos direitos fundamentais como direitos simplesmente proclamados, apenas idealmente reconhecidos, politicamente discutidos (ou seja, direitos do homem), para se tornarem direitos efetivamente protegidos, garantidos contra todos e para todos, inclusive em relação ao próprio Estado.

Dessas declarações de universalidade e reconhecimento jurídico legal dos direitos fundamentais surge à necessidade de proclamar-se a sua internacionalização, o seu reconhecimento num plano supra Estatal, mundial.

Esse período de internacionalização dos direitos fundamentais (tidos como normas constitucionais de liberdade e igualdade, assim como de garantia social e coletiva) tem seu marco inicial com a elaboração de pactos internacionais de

¹⁵⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general.** 1999. p. 160.

direitos entre as nações, elaboradas através de assembleia da ONU, datada de 1966, e conhecidos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Afirma Gregório Peces-Barba Martínez que uma análise e identificação dos direitos humanos é impossível sem que haja uma consideração sobre sua dimensão internacional.

*Después de la segunda guerra mundial se va a producir una importante eclosión de la terea convencional internacional en orden a la protección de los derechos humanos, reflejada en multitud de tratados sectoriales sobre reconocimiento y protección internacional de derechos fundamentales.*¹⁵⁶

É a partir destes pactos que os direitos fundamentais, na qualidade de proposições morais fundamentadas dotadas de efetividade e eficácia por força de sua normatização, sejam de aspecto positivo e/ou negativo, de aspecto universal, passam a fazer parte do cenário internacional dos Estados, que unidos (ONU) firmam o intuito de garantir sua consagração e proteção num plano interno, Estatal, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Por fim, a última etapa histórica do surgimento dos direitos fundamentais é a sua especificação, ou seja, o seu direcionamento preciso a certos assuntos, sobre certos valores a determinadas e específicas pessoas, como os direitos da criança, do adolescente, da mulher, dentre tantos outros, como o importante direito ambiental.

Em que pese às variadas pessoas e assuntos coletivos que ganham destaque no período de especificação dos direitos fundamentais, o presente estudo se limitará a analisar (com superficialidade e sem qualquer intenção de esgotar o assunto ou ainda contrapor as teorias contrárias) apenas o aspecto ambiental dessa etapa, eis que pretende traçar uma correlação necessária entre o direito ambiental com os demais direitos fundamentais como meio único de concretização plena da dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general**. 1999. p. 173-174.

Com a especificação de conteúdo dos direitos fundamentais, soma-se a eles, além dos valores da liberdade e da igualdade o valor da fraternidade, como o último elemento a completar a compreensão de dignidade da pessoa humana e, em tempos contemporâneos, legitimar as ações do Estado.

Comentando a especificação conteudista como último dos períodos históricos de surgimento e compreensão dos direitos fundamentais, afirma Gregório Peces-Barba Martínez que:

*Así, como los derechos de las generaciones anteriores responden a los valores superiores de la libertad, de la igualdad, o en caso de fórmulas de síntesis, a la libertad igualitaria, en este caso el fundamento se encuentra en el valor solidaridad o fraternidad.*¹⁵⁷

Apresentados, ainda que sucintamente, as fases históricas e os principais acontecimentos que marcaram e foram responsáveis pelo surgimento dos direitos fundamentais, passa-se agora a discorrer sobre os tipos de direitos fundamentais existentes.

Como dito por Marcos Leite Garcia “os direitos fundamentais devem ser uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana – seus outros três pilares de sustentação”.¹⁵⁸

Ver-se-á então na sequência que em cada momento da história, em cada fase de sua formação, para cada pilar de sua sustentação, os direitos fundamentais vão dando margem ao aparecimento de diferentes direitos, ou melhor, diferentes dimensões desses direitos que representam a compreensão integral da dignidade da pessoa humana como destino das ações do Estado.

2.3 TIPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁵⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derecho Fundamentales: Teoría general*. 1999. p. 183.

¹⁵⁸ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. 2008. p. 198.

Desenhado um panorama básico da história dos direitos fundamentais, passa-se agora a analisar sua tipologia. Durante certo tempo a doutrina valeu-se da expressão “gerações” estabelecendo o critério temporal como o marco distintivo dos diversos tipos de direitos fundamentais que foram se criando ao longo da história. Porém, os doutrinadores mais modernos preferem valer-se da expressão “dimensões” eis que, além de não abandonar o critério histórico temporal, ainda conseguem estabelecer uma classificação a partir do objeto jurídico tutelado.

E mais, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁹, os direitos fundamentais se tratam de um reconhecimento progressivo, configurando um processo cumulativo, e não de alternatividade entre eles, ao que a expressão “gerações” de direitos fundamentais dá uma falsa ideia de haver uma substituição gradativa de uma geração por outra. Por tal, parcela da doutrina a qual este estudo se filia (sem querer negar as outras formas de pensamento distintas) prefere a expressão “dimensões”, uma vez que a sua soma, sua visão complementar e indissociável leva uma visão integral e uma compreensão concreta e plena da dignidade da pessoa humana.

(...) a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno (...). Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (...) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2004. p. 53.

dos Direitos Humanos.¹⁶⁰

Assim, os direitos fundamentais podem ter as seguintes dimensões: direitos de liberdade civil e política; direitos sociais, culturais e econômicos e direitos a fraternidade e a liberdade. Referidas denominações que partem do objeto jurídico tutelado equivalem a, respectivamente, primeira, segunda e terceira gerações, caso se queira utilizar do epíteto mais ligado ao critério temporal.

Esta divisão se encontra relatada por George Marmelstein que assim dispõe:

O jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.¹⁶¹

De acordo com a compreensão das múltiplas dimensões do crescimento do homem como um ser individual e social, se ampliam as percepções sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais entendidos como proposições morais fundamentadas dotados de eficácia e efetividade decorrentes da sua normatividade, foram surgindo ao longo da história do homem como um processo cultural, na mesma medida em que a história tratava de ir fixando no decorrer de seu tempo os limites dos poderes do Estado.

Num plano inicial, de direito natural, dentro da Antiguidade e da Idade Média, os direitos fundamentais eram simples acepções filosóficas, metafísicas e

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2004. p. 55.

¹⁶¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2008. p 42.

racionais, que serviam apenas como esperanças de atuação do Estado.

Somente com a chegada da dogmática jurídica, inaugurando a Modernidade, é que estas proposições passam a efetivamente fixar limites de atuação ao poder estatal. Seria esse, portanto, o momento mais adequado para se falar em surgimento dos direitos fundamentais. É com a positivação do sistema que se confere aos direitos humanos (origem dos direitos fundamentais) um status de norma jurídica, posta, exigível, portanto, em tese, efetiva e com eficácia.

A afirmação legal da existência de direitos fundamentais como já exposto teve influência das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa que resultaram em declarações de direitos do homem como forma de limitar o poder do governo absolutista. Surgiam nesse momento de imposição de limites ao Estado os direitos humanos (posteriormente transformados em direitos fundamentais). Inaugurava-se uma nova fase, de Estado Liberal e não Absoluto, de aspecto negativo, impositor de freios e limites às atuações do Estado (pela figura do rei) frente ao cidadão.

Mesmo com a evolução do Estado Liberal para um aspecto social e a ampliação do rol de direitos fundamentais, ocorrida com a inserção dos direitos negativos, prestacionais, como direitos humanos e o decorrente avanço da sociedade na busca de sua dignidade, a Segunda Grande Guerra Mundial demonstrou a despreocupação das comunidades mundiais quanto ao futuro do homem. A extinção da raça humana esteve perto de ocorrer. Bastava o interesse de uma minoria, que detentora do Poder Totalitário, se dizia legítima (mas na verdade sua validade era formal, e não ética) para selecionar os seres humanos que teriam e não teriam direitos, e quanto a estes (os excluídos), praticavam seu extermínio, num capítulo genocida que deixará eternamente a história do homem manchada.

Somente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, já num momento pós Guerras Mundiais, de contabilização dos prejuízos e de ressaca moral, é que a comunidade internacional se reúne. Considerando o desprezo que a guerra teve com Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, ainda, considerando o desprezo à dignidade da pessoa humana praticado nos crimes de guerra, é que um novo pacto internacional passa a existir com maior legitimidade e desejo de

efetividade. Serviria ele como forma de buscar a manutenção da liberdade, da justiça e da paz mundial.

Envolvidas desse medo deixado pelo sistema totalitarista nazista aplicado na Segunda Guerra Mundial, inúmeros países da Europa além de se declararem signatários da Declaração Universal de Direito Humanos, ainda inseriram em suas Constituições os direitos fundamentais como núcleos invioláveis, centro de atenção e legitimação de todo o sistema jurídico do Estado. Surge então o que hoje se reconhece como período do Estado Democrático de Direito. Essa foi a forma que os países encontraram para garantir os direitos humanos, agora apresentados num caráter constitucional, fundante de todo o ordenamento, contra os abusos do normativismo jurídico puro, que considerava justo tudo o que a lei permitisse e essa, alvo de manobras abomináveis, autorizava o mais elevado grau de desrespeito ao homem como detentor de dignidade nata que a história já conheceu.

Neste ínterim, ampliou-se também a compreensão da dignidade humana, superando-se uma visão individualista do homem, para adotar-se uma visão maior, que relacionava o homem consigo mesmo, o homem com os outros homens e o homem com o meio no qual estava inserido. Ganham força e relevo então as questões ambientais, como uma terceira esfera dos direitos fundamentais.

Assim, fazendo-se esta sintética análise retroativa dos acontecimentos da humanidade, é possível se apresentar abaixo três períodos da história que revelam o surgimento dos direitos fundamentais, a saber, o período liberal, berço de surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, consagrando os direitos de liberdade civil e política; o período social, no qual a dimensão dos direitos fundamentais se amplia e passa a abraçar direitos sociais, econômicos e culturais e; por fim, o período democrático constitucional, que revela a terceira dimensão, com destaque a matéria ambiental, que reconhece os direitos fundamentais como um todo unitário, complementar e interdependente, centro axiológico de uma Constituição, fator de legitimação não mais só das ações do Estado, mas sim de toda a sociedade.

O primeiro dos períodos é o que contempla os direitos de primeira

dimensão, direitos do período liberal.

O Estado Liberal é resultado da implantação da dogmática jurídica, sendo construído sobre ideia de proteção às liberdades dos indivíduos, em especial os burgueses, os quais eram os principais responsáveis por esta luta de direitos (principalmente os que pagavam caros impostos) em relação ao rei (detentor do poder absoluto). Para o desempenho desta atividade libertária o Estado produzia as leis e executava-as, censurando o seu descumprimento. A atividade estatal, em especial a criação normativa, era direcionada a prestações negativas, de proteção ao indivíduo (com preferência aos mais abastados).

Surgia dessa disputa de forças entre cidadãos e o detentor do poder, o rei, a primeira geração de direitos fundamentais, os direitos de liberdade individual civil e política, fruto do liberalismo capitalista e resultante da proteção do burguês contra os abusos do Estado.

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o 'jardim e a praça'. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o 'homem civil' precederia o 'homem político' e o 'burguês' estaria antes do 'cidadão'. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade'.¹⁶²

Nesse período o Estado se apresentava como um Estado de Direito, no qual imperava o pensamento liberal que via na lei a fonte única do Direito e da Justiça, como instrumento de racionalização das relações sociais.

Por essa visão liberal o Poder Judiciário não era visto como um pilar fundamental do Estado, tendo nos juízes simples aplicadores e executores da regra

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2006. p. 12-13.

legal, sem qualquer poder criativo construtivo.

Os interesses da sociedade pouco importavam ao Poder Judiciário, eis que este era limitado a aplicar o que estava expresso na lei. Tanto o Judiciário quanto o Executivo, em que pese serem facetas do poder do Estado, geravam uma certa desconfiança dos cidadãos, haja vista o envolvimento dos representantes destes poderes com quem detinha os poderes absolutos antes da inauguração do Estado Liberal. O verdadeiro representante do povo na época, formalmente legitimado era o Poder Legislativo.

O Poder Legislativo sustentava a ideia de um estado mínimo, ou seja, com a menor intervenção sobre as liberdades políticas e civis de cada cidadão, o que criava nos direitos fundamentais uma concepção primária negativa, proibitiva, de defesa do cidadão em relação ao próprio atuar do Estado.

Esse era panorama do Estado Liberal burguês, no qual surgiram os primeiros direitos fundamentais (direitos de primeira dimensão), resultantes da luta da classe econômico contra os abusos do poder absolutista monárquico. A forma encontrada para frear a atuação do Estado foi a dogmática jurídica, que impunha regras legais limítrofes ao exercício do poder em defesa das liberdades individuais, vendo-se no Poder Judiciário um mero aplicador dessas leis, traduzindo o “juiz boca da lei”.

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.

Sendo direitos negativos, que se caracterizam pela postura inerte do Estado em relação a autonomia do indivíduo, privada, “entram na categoria de *estatus negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar ordem de

valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado”.¹⁶³

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Porém, essa forma de atuar do Estado Liberal perdurou até o final do século XIX quando passa então a haver uma maior preocupação do aspecto social do cidadão menos favorecido financeiramente. Neste momento passa-se a conceber a nova figura do Estado, o Estado Social e a se desenhar os direitos fundamentais de segunda dimensão.

O segundo período dos direitos fundamentais, então, representa os direitos de segunda dimensão, do período social.

No decorrer do Estado Liberal o capitalismo sofre forte crise em decorrência da exacerbada concorrência, o que reflete diretamente nas classes menos favorecidas, as quais passam a viver em situações deploráveis, indignas para qualquer ser humano.

O reconhecimento dos direitos de caráter liberal não foi suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização ampliou a exploração do homem pelo próprio homem, problema que o Estado Liberal, de característica absenteísta, não tinha como resolver.

A prometida igualdade de todos, garantida pelo império da lei, não se mostrava suficiente (e nem mesmo concreta no campo da realidade dos fatos), eis que se estava equiparando indivíduos com características profundamente diferentes (burguesia e proletariado). Partia-se da falsa idéia de que todos poderiam, pelos seus próprios meios e esforços, prover sua subsistência e enfrentar as adversidades impostas pela vida. Isso desembocou num empobrecimento das massas operárias, eis que não eram nem livres nem iguais, mas sim vítimas do sistema capitalista desenfreado.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2006. p. 517.

O impacto causado pelo processo industrial que desenvolveu graves problemas sociais e econômicos, bem como a constatação de que a liberdade e a igualdade formalmente asseguradas não gerava a garantia de que seriam elas efetivamente realizadas na prática, resultaram, no curso do século XIX, no surgimento de movimentos reivindicatórios que buscavam impor ao Estado um comportamento ativo na busca da realização da dignidade da pessoa humana.

É neste momento que o Estado até então abstencionista, passa a ser chamado para um papel não mais simplesmente protetivo de seus atos em relação ao cidadão, mas sim para um atuar ativo, prestacional.

Decorrente da forte crise industrial que assolava a Europa no decorrer do século XIX, os trabalhadores foram os mais atingidos, eis que o Direito existente, que assegurava liberdades frente ao Estado, em nada lhes auxiliava em relação ao detentor do capital e explorador da mão de obra. Os proprietários de indústrias da época, para reduzir os custos dos seus materiais e assim driblar a concorrência, diminuían os pagamentos e direitos de seus trabalhadores, criando situações sub-humanas de existência.

Neste cenário, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. [...] O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. [...] Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da idéia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Nessa Encíclica, a Igreja criticava o individualismo exacerbado do liberalismo, e defendia a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, em defesa dos mais pobres. Posteriormente, o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação

na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisitado em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI.¹⁶⁴

O operário, o trabalhador braçal, esse tinha direitos de liberdade civil e política, porém não tinha como exercitá-los, posto que sua condição social não o deixava se reconhecer como homem digno e verdadeiramente livre. Logo, os direitos de segunda dimensão vêm a completar e dar efetividade aos direitos de primeira dimensão. Com reais condições sociais de vida digna os homens, em especial o proletariado, poderia então falar em liberdades e igualdades de condições.

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.¹⁶⁵

É nesse ínterim que o Poder Legislativo, ainda envolto do legalismo jurídico, passa a editar normas que limitam a liberdade individual contratual entre os cidadãos trabalhadores e os cidadãos proprietários de indústrias.

Nascem os direitos sociais, não mais direcionadas a proteger os cidadãos (em especial os de mais alta casta burguesa) frente aos abusos do Estado (e do rei), mas agora direcionados a proteger os cidadãos menos favorecidos em relação aos abusos dos cidadãos donos de indústrias.

Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2006. p. 17.

¹⁶⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2008. p. 50.

dignidade e sentido na vida humana.¹⁶⁶

O Estado até então liberal que servia para proteger os burgueses contra os abusos do monarca, agora se torna em Estado Social¹⁶⁷ que além de garantir aqueles direito de defesa e liberdade a todos os cidadãos, passa agora a impor limites na atuação da burguesia. E não para por ai, vai mais além. O Estado Social passa a ter uma atuação prestacional, paternalista, de proteção da vida digna dos cidadãos menos favorecidos, os trabalhadores, que até então estavam desamparados e extremamente explorados.

Os direitos sociais são os que ocupam a segunda dimensão dos direitos fundamentais, cujo desiderato é a dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais integram o rol dos direitos fundamentais, exteriorizam verdadeiras liberdades positivas (direito de crédito, poder de exigir prestações positivas do Estado para que o objetivo das normas seja alcançado) e têm por objetivo o bem-estar e a justiça social.¹⁶⁸

Os direitos sociais são resultantes das lutas de classe, que originam a segunda dimensão dos direitos fundamentais, responsáveis por exigir do Estado uma limitação aos excessos da classe dominante e, ainda, conceder prestações positivas que assegurem melhores condições de vida digna a classe dominada, menos favorecida. Iniciava-se uma busca por uma igualdade não mais apenas formal, como garantida pela frieza da lei burguesa do período liberal, mas sim uma igualdade efetiva, material, real e concreta entre todos os cidadãos, independente da classe econômico social que ele viesse a ocupar.¹⁶⁹

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da “sociedade

¹⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2011. p. 102.

¹⁶⁷ O Estado social é, ao lado do Estado Liberal, um dos modelos adotados na modernidade pelo Estado. Compreende-se o mesmo como “aquele constituído em resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes. Assistiu-se, por outras palavras, uma retomada por parte do Estado e de seu aparelho, de uma função de gestão de ordem social, mas sobretudo da ordem econômica, cujo andamento natural era agora posto em dúvida pela menor hegemonia de classe sociedade civil e pela impossibilidade de um controle automático e unitário do próprio Estado, por parte desta última. O bem-estar voltou a ser o objetivo mais prestigiado da gestão do poder, embora não mais em função declaradamente fiscal e político-econômico como nos tempos do Estado absoluto, e sim em vista de um progressivo e definitivo progresso de integração social”. BOBBIO, Norberto *et al* **Dicionário de política**. p. 430.

¹⁶⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional**. 2003. p. 369.

¹⁶⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2003. p. 101.

burguesa” são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em “A Questão Judaica”) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade.¹⁷⁰

Os direitos sociais, em sentido oposto e complementar aos direitos de liberdade, não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado. "Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais".¹⁷¹

Ao dar relevância aos direitos sociais que possuem um sentido promocional prospectivo, o Estado Social passa a transferir o foco do Poder Legislativo (de suma importância para os direitos individuais de liberdade, haja vista o legalismo jurídico e os freios impostos ao Estado pelas leis) para o Poder Executivo. Os integrantes do executivo passam a ser exigidos para agirem ativamente, criando e implementando políticas públicas prestacionais em resguardo a dignidade social dos cidadãos menos favorecidos.

A realização de tais direitos fundamentais implica uma responsabilidade ativa por parte do Estado na implementação de políticas públicas norteadas por essa realização, ou seja, uma ‘quota de responsabilidade’ do Estado de prestar serviços à sociedade, almejando o bem-estar social.¹⁷²

O próprio Poder Judiciário com a instituição do Estado Social sofreu ampliação de sua esfera de responsabilidade democrática e legitimante das atuações do Estado. Ao juiz não competia mais aplicar friamente a letra da lei. Deveria ele passar a analisar os resultados do exercício discricionário de legislar para verificar o alcance e a concretude da regra posta.

¹⁷⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2003. p. 385.

¹⁷¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2011. p. 103.

¹⁷² GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 2005. p. 63.

O juiz, até então neutro, estático, passa a ter um papel mais ativo ao aplicar a lei, pois, ao analisar a norma busca concretizar nela seu alcance social prático, resguardando os direitos da classe menos favorecida, que até então era apenas formalmente igual. A igualdade material buscada no Estado Social objetiva alcançar um novo ideal de justiça, uma justiça social distributiva.

Urge esclarecer que no Estado Social não se abandonam os ideias libertários do Estado Liberal. Pelo contrário, somam-se a esses direitos fundamentais de liberdade individual civil e política, novos direitos fundamentais, agora sociais, que representam uma segunda dimensão da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental de qualquer ordenamento jurídico.

Nesse período do Estado Moderno a dignidade da pessoa humana só estaria completa se fossem assegurados os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, sendo que aqueles dependiam desses para sua concretude.

A liberdade política (reflexo dos direitos de primeira dimensão) e a liberdade crédito (reflexo dos direitos de segunda dimensão) repousam sobre o mesmo fundamento que é a dignidade da pessoa humana.

É no ínterim da mudança deste contexto histórico do Estado Liberal para o Estado Social que as Constituições passam a ganhar força e maior relevância no ordenamento. Além de assegurarem contra o Estado os direitos de liberdade, passam agora a inserir em seu conteúdo a obrigação do Estado em parar os abusos do capitalismo burguês sobre a mão de obra proletária e, ainda, em implementar políticas públicas que assegurem a vida digna a todos os cidadãos, em especial aqueles que não tem a oportunidade de por si só alcançaram esse mínimo existencial¹⁷³. Seriam essas as Constituições Dirigentes, Constituições

¹⁷³ O conceito de mínimo existencial refere-se a garantia que os cidadãos tem de que o Estado lhes promova políticas públicas e crie regras que lhes assegurem um conjunto mínimo de direitos socioambientais que possibilite ao homem ter uma vida digna e, ainda, que lhe capacite para, por si só, poder realizar o seu progresso. “Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (Torres, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 1999. p. 15). Em oposição ao mínimo existencial há a reserva de possível que estaria ligada a capacidade orçamentária e organizacional do Estado em conseguir promover esses direitos socioambientais mínimos para uma vida digna de acordo com a discricionariedade das políticas públicas e, ainda, da

Programáticas, fonte dos direitos sociais que marcaram o século XX.

Por fim, a história revela a existência de um terceiro período dos direitos fundamentais, os direitos coletivos, período do Estado Democrático de Direito.

Como visto alhures, os ideais iluministas do séc. XVIII que deram origem ao Estado Liberal foram os responsáveis pela consagração dos primeiros direitos fundamentais dos homens, os direitos de liberdade, passando esse da qualidade de súdito (submisso aos poderes absolutistas) a cidadão (detentor de direitos de liberdade contra o próprio Estado), ampliando assim a sua qualidade como indivíduo.

O Estado Liberal perdurou até meados do século XIX quando o exacerbado capitalismo e a busca desmedida pelo lucro criaram desumanas condições para as classes operárias, gerando um reflexo social negativo. Referidas classes não foram atingidas pela promessa de liberdade e igualdade quando da construção do Estado Liberal. Embora tivessem liberdades, não podiam exercê-las, pois a igualdade era apenas formal. Na realidade estavam à margem dos sistemas econômicos e sociais. Fruto das lutas dessas classes para que o Estado impedisse a continuidade de abusos praticados pela burguesia e o liberalismo existente, nasceram os direitos sociais, como direitos fundamentais de segunda dimensão, destinados a impor ao Estado não mais apenas proibições, mas também ações

capacidade financeira do Estado. “Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluo orçamentário que o permita” (GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**, 2002. p. 188). Porém, acredita-se que a reserva do possível somente poder ser arguida como um fator de impossibilidade de atuação do Estado a partir do mínimo existencial, ou seja, somente em relação aos direitos que não se revelem necessários para assegurar uma vida digna e com possibilidades de progresso. “Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”. (SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2008. p. 30).

afirmativas que assegurassem uma vida digna a todos os cidadãos, em especial para os menos favorecidos. Este Estado Social teve o desiderato de ser prestacional, de promover uma redistribuição de renda e de condições.

No decorrer dos tempos, por meados do século XX, num período de Pós-Segunda Guerra Mundial, todas as nações do mundo estavam assustadas com os rumos que o futuro da humanidade poderia tomar.

É neste cenário que surgem os direitos de terceira dimensão. Eles decorrem de uma reação mais ampla aos regimes políticos que ao longo do Século XX substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o facismo.¹⁷⁴

Em muitos países, distantes dos reflexos dos regimes totalitários, “a opressão política e a violação reiterada de direitos fundamentais foram a marca de muitos regimes políticos ao longo do século passado”.¹⁷⁵ Ou seja, o Estado Social implantado nos principais países europeus passa a não satisfazer mais os desejos da população. Isso se dá pela ineficiência do Estado, em especial pela sua via Executiva e Legislativa, em conseguir promover com efetividade a quantidade de demanda de direitos sociais que lhe chegam.

O Estado Social não consegue satisfazer efetivamente todas as questões da sociedade plural que se formava. A sociedade de então, mesmo com suas diversidades, tinha pontos em comum, que se referiam a necessária existência concreta de um bem estar, de uma efetiva dignidade do ser humano e, ainda, proteção contra os novos perigos que surgiam, de ordem coletiva (direitos difusos, transindividuais, metaindividuais), prioridades estas que o Estado Social não estava conseguindo responder.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que:

¹⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controles das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. 2006. p. 33-34.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controles das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. 2006. p. 35.

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.¹⁷⁶

Novos direitos, agora comunitários, de interesse comum e não mais individual, estavam surgindo e necessitavam de resguardo do ordenamento jurídico, eis que é através deles que se pode garantir a dignidade humana completa esperada pelos direitos sociais (igualdade material de condições), como forma de realmente poder se falar em liberdades individuais (liberdades de escolha de criação de um futuro promissor e digno).

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.¹⁷⁷

Aparece no sistema jurídico uma nova dimensão de direitos, relacionados, a determinadas pessoas específicas (criança, idoso, adolescente, homossexual, etc.) e ainda a assuntos coletivos (meio ambiente, consumidor, etc), cujo objetivo é completar as demais dimensões dos direitos fundamentais e, dessa cisão resultar uma efetiva vida humana digna, com reais condições de igualdade e liberdade, de bem estar, de paz, de dignidade.

A primeira dimensão das proposições morais fundamentadas e normatizadas ampara-se no ideal de liberdade, sendo uma dimensão individual. A segunda das dimensões sustenta-se pela igualdade, pelo aspecto social, não mais simplesmente individual. Já a terceira dimensão, completando as demais e firmando os pilares necessários para a dignidade da pessoa humana, tem por ampara o ideal de fraternidade (solidariedade).

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2004. p. 58.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2006. p. 569.

Fernanda Luiza aponta que:

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.¹⁷⁸

No panorama atual, o Estado Liberal e o Estado de Bem Estar Social cedem lugar ao Estado Democrático de Direito, que tem como base fundante o Sistema Democrático, mas não como um sistema de interesse puro e simples da maioria, mas sim, como visto, um sistema em que a minoria possua também seus direitos e, ainda, um sistema em que o Estado tenha suas limitações e mais, seus deveres de ação.

A democracia no Estado Democrático de Direito parte da idéia de que na Constituição estão inseridos os preceitos básicos (tidos como direitos fundamentais) para que o maior objeto sustentador da existência do Estado, o ser humano, possa ter uma vida digna. Essa dignidade, como princípio base do Estado Democrático de Direito, existe a partir do momento em que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão sejam assegurados, eis que complementares.

As constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados a dignidade da humana e aos direitos fundamentais (...).¹⁷⁹

O Estado Democrático de Direito, marcado pelo neoconstitucionalismo, tem por base a introdução “em seus textos constitucionais de elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias”. Referidos elementos, relacionados com a dignidade da pessoa humana e traduzidos como direitos fundamentais são tem sua importância para o Sistema Democrático

¹⁷⁸ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. 2004. p. 74-75.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controles das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. 2006. p. 34.

reforçada pelo fato de “gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado”.¹⁸⁰

Nesse novo panorama criado pelo neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais, reflexos da dignidade da pessoa humana, são tido como complementares e indissolúveis, um dependendo da existência e integração do outro para sua plena concretude, formando eles o núcleo central e legitimador de todo o sistema jurídico. Os direitos fundamentais são a fonte axiológica do ordenamento jurídico vinculando e obrigando ao Estado na sua tripartição de poderes a eles se submeterem.

Passa a existir no ordenamento uma esfera do decidível, ou seja, daqueles direitos de primeira, segunda e terceira dimensão que ficam no campo da discricionariedade do agente público e do legislativo. Mas existe também uma esfera do indecidível, a qual proíbe qualquer agressão aos direitos nela consagrados, considerando-se violação a sua integridade a falta de implementação de um direito positivo.

A busca do Estado Constitucional de Direito é assegurar a plena liberdade individual civil e política aos seus cidadãos, assim como lhes assegurar uma vida digna e justa, o que passa necessariamente pela efetivação dos direitos sociais e, com não menos importância pelos direitos coletivos, com destaque aos direitos ambientais.

Não há como atualmente se falar em liberdade individual, em igualdade material, sem que a vida social digna seja assegurada a todo cidadão e, para isso, um dos alicerces de sua existência, é a implementação de um meio ambiente

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controles das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. 2006. p. 35.

adequado, equilibrado, preservado¹⁸¹.

O Estado Liberal fundava-se na liberdade individual. O Estado Social a ele somou a idéia de igualdade. Já o Estado Democrático de Direito, veio a efetivar a liberdade e a igualdade e, ainda, erguer a bandeira da fraternidade, da necessidade de união de esforços dos povos para a defesa daquilo que venha a interessar a todos. Somente com liberdade (direitos de primeira dimensão); igualdade (direitos de segunda dimensão) e fraternidade (direitos de terceira dimensão) é que se pode falar em dignidade da pessoa humana.

Não há como alguém ser semi-digno, ou digno apenas em uma de suas dimensões. Ou se possui efetiva dignidade, que parte da idéia de uma completude de respeito e efetivação a todos os direitos fundamentais em suas variadas dimensões, ou não se possui dignidade.

Não há como se reconhecer em um Estado a efetiva aprovação dos cidadãos quando um, ou alguns, mas não todos, os direitos fundamentais são

¹⁸¹ Em que pese os direitos de terceira dimensão envolverem determinadas pessoas, e ainda determinados assuntos de interesse coletivo, desenvolver-se-á este estudo partindo da ideia de que os direitos ambientais refletem bem os direitos de terceira dimensão, tamanha a sua importância (e isso sem ignorar os demais direitos de terceira dimensão, mas apenas como aspecto limitativo do estudo). Assim analisando-se, ou seja, reduzindo-se propositadamente e apenas para fins científicos e didáticos os direitos fundamentais de terceira dimensão aos direitos ambientais, acredita-se ser possível conseguir se perceber melhor o caráter complementar que os direitos de terceira dimensão representam para a os demais direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão e, ainda, a sua relevância para a percepção completa do conceito de dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa pressupõe a completude, a efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais. Porém, somente se é possível ser livre se possuir igualdade de condições materiais de vida digna. Sem isso, não há como se reconhecer liberdades a um ser humano. Todavia, essa igualdade de condições sociais, tem por pressuposto um meio ambiente equilibrado. O Estado Democrático de Direito, já amadurecido quanto aos direitos de primeira e segunda dimensão, vem a dar abertura de atuação aos direitos fundamentais de terceira dimensão, com relevo especial aos direitos ambientais. A visão pós-moderna que se tem é que somente com um meio ambiente sadio e adequado é que se pode falar em efetividade dos direitos sociais e, por consequência, em garantia das liberdades individuais para todos os cidadãos. Da mesma forma com que os direitos fundamentais de segunda dimensão vieram a corrigir as imperfeições do Estado Liberal, os direitos de terceira dimensão vêm, não corrigir, mas aperfeiçoar os direitos fundamentais de segunda dimensão. Somam-se a esses e aos primeiros para juntos, e de maneira inquebrantável, assegurar uma vida digna. A ausência de qualquer um deles representaria uma fissura na figura da dignidade humana que, quebrada, incompleta, não poderia ser tida como dignidade. Somente com a proteção e efetivação integral e real de todas as dimensões dos direitos fundamentais é que se pode alcançar o conceito de dignidade da pessoa humana, como resultado cultural do processo evolutivo do homem e dos direitos que naturalmente lhe pertencem e para os quais o Estado foi criado para proteção e efetivação. (FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção de Meio Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Sócioambiental de Direito. 2008).

respeitados e efetivados. O elemento legitimador do Estado e de seu sistema jurídico está na dignidade da pessoa humana, sendo os direitos fundamentais dela reflexo. Portanto, somente com a plena dignidade da pessoa humana, que exige imperiosamente a efetivação das três dimensões de direitos fundamentais, é que se pode falar em democracia e, daí, em legitimidade da atuação do Estado.

É por isso que o Estado Democrático de Direito, surgido no séc. XX e ainda em prática no século XXI tem a missão de, através da inserção dos direitos fundamentais positivados na Constituição, tornar esse núcleo inatingível e necessariamente objeto de atuação para sua efetivação por parte do Estado, criando um sistema democrático pautado no interesse da maioria, mas respeitado os direitos da minoria e os direitos de ordem coletiva.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA BIFRONTALIDADE

Aspecto importante que precisa ser estudado para uma compreensão mais ampla sobre os direitos fundamentais e as conseqüências que esse produz sobre o ordenamento jurídico, em especial sobre a atuação do Estado principalmente pela sua via judicial, é investigar a sua bifrontalidade, ou seja, sua capacidade de ser ao mesmo tempo um direito subjetivo e um direito objetivo.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.¹⁸²

No mesmo sentido, Konrad Hesse:

Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes em passagens correntes, várias camadas de

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2004. p. 2.

significado. Por um lado, eles são direitos subjetivos, direitos do particular. (...) Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.¹⁸³

Passa-se assim analisar em separado essas dimensões e seus principais reflexos (ao menos para este estudo) quanto a sua subjetividade e objetividade.

Analisando-se primeiramente o aspecto subjetivo, pode-se concebê-los, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, como:

A possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.¹⁸⁴

Segundo Konrad Hesse:

Como direitos subjetivos de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estado constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão.¹⁸⁵

Sustenta Tércio Sampaio de Ferraz que:

a expressão direito subjetivo, em síntese, considerada a luz da sua função jurídica, aponta para a posição de um sujeito numa ação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas.¹⁸⁶

A visão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser concebida como o atributo que essas proposições morais fundamentadas possuem de outorgar ao seu

¹⁸³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. 1998. p. 228.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2004, p. 179.

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. 1998. p. 233.

¹⁸⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio de Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 1994. p. 154.

titular a capacidade de exigir frente ao Estado a sua proteção (se direitos negativos) ou perante o Estado a sua implementação (se direitos positivos), a fim de assegurar a completa proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana.

Muitos juristas entendem que nem todos os direitos fundamentais, em especial os de segunda e terceira dimensão, possuem subjetividade. Porém, referido trabalho, sem ter o condão de negar essas correntes de pensamento, nem mesmo o desejo de lhes esvaziar a validade, busca apenas desenvolver o pensamento ligado a existência de subjetividade em todos os direitos fundamentais, uma vez que essa corrente sustenta com maior propriedade a possibilidade da ação criativa do Poder Judiciário no cenário neoconstitucional, assunto este a ser estudado no capítulo terceiro.

Firma-se o estudo na idéia de que todos os direitos fundamentais, independente da posição que ocupem ou de quem seja o seu titular, são direitos que impõe proteções e ações por parte do Estado e, sempre que este se mostrar inerte (pela via legislativa e executiva), poderá o titular do direito lesado buscar obter ações por este / frente a este Estado, inclusive na orla judicial (tema que será melhor debatido no terceiro capítulo).

Esta possibilidade que os direitos subjetivos conferem ao seu titular de obter judicialmente os resultados de eficácia e efetividade tem-se atribuído a nomenclatura de “justiciabilidade”¹⁸⁷.

Para isso não se pressupõe, não se exige que a prestação seja determinada, pois, a sua determinação poderá se dar *a posteriori*, por normatização genérica ou até mesmo por interpretação criativa concreta. A inserção dos direitos fundamentais como objeto de proteção do Estado, fator de legitimação de suas ações, serve justamente para conferir a estes direitos a possibilidade de serem justiciáveis, eis que são subjetivos.

A indeterminação da prestação devida não pode servir de entrave a sua

¹⁸⁷ Para a presente pesquisa entender-se-á por justiciabilidade a possibilidade que o titular de um direito fundamental tem de procurar obter por ações judiciais a eficácia e a efetividade de seu direito fundamental em certa situação.

efetivação, pois, como pode ela ser determinada por uma ação executiva e/ou legislativa, também o pode por uma decisão judicial, eis que todas essas são formas de atuação do Estado, cuja preocupação maior deve ser a concretização, a garantia, da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo que os direitos fundamentais são elementos conformadores e base de todo o ordenamento jurídico (característica objetiva), o são também direitos subjetivos, que conferem aos seus titulares a possibilidade de exigir do Estado (posição jurídica de exigibilidade), pelo Executivo e pelo Legislativo, a implementação de regras e políticas de proteções / prestações e, também, pelo poder Judiciário, meios processuais de efetivação dessas ações negativas ou positivas, decorrentes de sua justiciabilidade.

A justiciabilidade é a característica decorrente da subjetividade dos direitos fundamentais, criada como ponto de equilíbrio entre os direitos humanos e monopólio de poder por parte do Estado. Ela surgiu como “moeda de troca” no momento de criação do contrato social quando o homem para abrir mão de resolver seus problemas cria o Estado e lhe atribui essa missão. Ganha o ser humano em contrapartida a possibilidade de sempre provocar judicialmente esse Estado para a tutela (proteção e implementação) desses direitos fundantes e legitimadores do Sistema Democrático, relacionados a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos traduzem-se em um estatuto jurídico político do cidadão, que lhe atribui possibilidades subjetivas de agir frente ao Estado. Logo, tratando-se de direitos fundamentais, o cidadão pode exigir seu respeito e proteção, sobretudo pleitear a realização das prestações neles contidas, inclusive pela via judicial.

A par do caráter subjetivo, os direitos fundamentais também apresentam um aspecto objetivo, se tornando a base de legitimação de todo o ordenamento.

Segundo Konrad Hesse:

Como elementos da ordem objetiva, determinante de status, limitadora de status e asseguradora de status, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da

coletividade. Nisso existe, para as camadas de significado individuais dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíproco; esta exclui separar o significado dos direitos fundamentais, como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão.¹⁸⁸

Como elementos objetivos os direitos fundamentais fazem o contorno do desenho do ordenamento jurídico. “Eles determinam, como partes integrantes dessa ordem, o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais”.

189

A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa então que: às normas que preveem direitos objetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.¹⁹⁰

Como elementos objetivos os direitos fundamentais são vinculativos a todos os poderes e ações do Estado, cujo conteúdo de agir / omitir é por eles determinado. No aspecto objetivo os direitos fundamentais se apresentam como princípios conformadores e vinculantes de todo o Sistema Democrático irradiando valores e fixando diretrizes (normativas, de políticas públicas e de decisões judiciais) que devem ser respeitadas e implementadas.

(...) eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos – tradicional dimensão subjetiva – mas constituem também as próprias bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade, como se sabe, a idéia da dimensão objetiva prende-se a visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que se devem irradiar por todo o ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos.¹⁹¹

Pela visão objetiva os direitos fundamentais seriam as normas princípios que estabelecem o conteúdo a ser protegido e implementado pelo Estado para a

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. 1998. p. 233.

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. 1998. p. 241.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2004. p. 168.

¹⁹¹ SARMIENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. *In: Sarlet Ingo Wolfgang (org.) Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola superior da magistratura do Rio Grande do Sul (ajuris). 2006. p. 51-52.

efetivação da dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides enumera as inovações, segundo ele as mais importantes, decorrentes dimensão objetiva dos direitos fundamentais, merecendo relevo e citação:

a) A irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; (...); b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, (...); d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; (...) g) a aquisição de um “duplo caráter” (*Doppelcharakter; Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; (...).¹⁹²

Dessa visão objetiva, como visto, decorre a compreensão dos direitos fundamentais como normas princípio.

Assim, além de terem a qualidade subjetiva de poderem ser exigidos (abstenção e/ou prestação) perante o Poder Judiciário (justiciabilidade) os direitos fundamentais ainda se revelam como princípios e, como tal, frente a sua qualidade objetiva, irradiam valores sobre todo o sistema, condicionando as ações do Estado ao seu respeito (proteção e/ou efetividade).

Para uma melhor percepção jurídica sobre essa normatização dos princípios e a efetivação dos direitos fundamentais daí decorrentes (tendo em vista a vinculação objetiva de todo o sistema aos direitos fundamentais), o presente estudo apresenta a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy¹⁹³.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2007. p. 623-624.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011.

Segundo o autor, a metodologia tradicional imposta pelo normativismo jurídico vivido na época do Estado Liberal de Direito, não se presta mais, em tempos pós-modernos, para diferenciar princípios e regras. Aqueles, não podem mais ser concebidos como meros orientadores, simples mecanismos de integração da regra.

O reconhecimento da distinção valorativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.¹⁹⁴

O Direito hoje está muito permeado pelos valores sociais e coletivos, ou seja, pelos direitos fundamentais esculpidos na Constituição decorrentes da dignidade da pessoa humana, de modo que a efetividade desses pressupõe uma compreensão distinta entre a figura das regras e dos princípios. Sem essa distinção não há como se falar em proteção e efetividade aos direitos fundamentais, nem mesmo se obter uma compreensão adequada sobre a visão objetiva dos direitos fundamentais e seu caráter ético no Sistema Democrático contemporâneo.

Os princípios, conforme Robert Alexy, devem ser vistos com força normativa, portanto capazes de resguardar e efetivar os direitos fundamentais. O aspecto normativo principiológico dos direitos fundamentais decorrentes de sua objetividade é responsável por vincular todo o ordenamento jurídico e todas as ações do Estado (legislativas, executivas e judiciais) ao seu respeito e consagração.

A lei, como regra, por si só não passa pelo pressuposto “qualitativo”, valorativo, o que é necessário para alcançar-se a consagração e proteção da dignidade da pessoa humana que o Estado pós-moderno tem por missão assegurar. A Constituição deve ser vista não apenas como um conjunto de regras, mas sim como instrumento aberto de regras e princípios, estes últimos representados pelos direitos fundamentais em seu aspecto objetivo.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2008. p. 203.

O momento é de abertura do sistema jurídico frente à moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo com meios racionais. Somente os princípios seriam capazes de atribuir uma carga axiológica ao Direito e, portanto, ter a possibilidade de efetivamente responder aos anseios sociais e coletivos. “A distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais não raro são consideradas ‘princípios’.”¹⁹⁵.

A diferenciação entre regras e princípios, segundo o Robert Alexy, deve ser definida pela natureza da orientação dada ao caso. Os princípios possuem uma qualidade que as regras não têm, qual seja de possuir “importância”, “peso”. Essa dimensão “qualitativa” está relacionada à carga de valores que os princípios carregam consigo, o que a lei, reflexo do legalismo puro, deixou de trazer em seu bojo quando se afastou do direito natural (momento da formação do Estado Moderno, na sua vertente liberal).

“A realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores.”¹⁹⁶. A quebra da normatização jurídica com a chegada do pós-positivismo faz o Direito buscar novamente os valores “jusnaturalistas”, mas agora através de mecanismos normativos racionais o que realiza mediante a consagração dos princípios constitucionais de direitos fundamentais.

As regras, esvaziadas de valor, seriam aplicadas na forma do tudo ou nada. Dados os fatos hipotéticos que essa regra estipula, ela poderá ser considerada válida ou inválida, hipóteses nas quais as respostas que elas fornecem devem ser aceitas ou em nada interferirão na realidade social.

Conforme Robert Alexy¹⁹⁷:

As regras são normas que sempre ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contem, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 86.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008. p. 144.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 91.

Os princípios, diferentemente das regras, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam algo que deva ser realizado na maior medida do possível; na maior realidade jurídica possível.

O ponto decisivo entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizado por poderem ser satisfeitos em grau variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

As regras são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridas ou não, de forma que, se forem válidas, deverão ser cumpridas como exatamente exigido. Uma vez preenchidas as suas hipóteses de incidência (independente das condições fáticas e jurídicas, o que afasta a questão dos valores da sua abrangência), possuem sempre um resultado previamente definitivo.

Já os princípios não possuem caráter definitivo. Sua aplicação depende das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, das questões axiológicas postas *sub examine*. Os princípios dizem o Direito *a prima facie*, em princípio, num juízo inicial e abstrato de valor. Sua real dimensão depende diretamente das circunstâncias fáticas e jurídicas ligadas ao caso em concreto, ao suporte fático apresentado, as questões ligadas a dignidade humana analisadas.

Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.¹⁹⁸

As regras e os princípios, enquanto razões para um “dever ser”, possuem caráter diferenciado. Aquelas são definitivas, pelo que suas razões de um “dever ser” para todos os casos em que a hipótese legal seja preenchida são absolutas (respeitado é claro a cláusulas de exceção). Já os princípios constituem razões

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2009. p. 35-36.

prima facie, que dependem das circunstâncias dos casos concretos para demonstrar sua real extensão.

Assim, é possível perceber-se que regras são direitos definitivos, ao tempo que princípios são direitos *a prima facie*. Para Robert Alexy sempre que um princípio é, em última análise, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que apresenta uma razão definitiva para esse juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmo nunca são razões definitivas.

Por isso se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.¹⁹⁹

Sendo as regras “mandamentos definitivos”, surge, como já exposto, o imperativo de se cumprir exatamente o que por elas é determinado. Assim, existindo duas regras para um mesmo caso concreto, isto é, havendo conflito de regras, ou se incluiu uma cláusula de exceção de uma em outra, ou uma delas deve ser considerada inválida (segundo os critérios de hierarquia; temporalidade; especificidade e importância), portanto, devendo ser retirada do ordenamento. O conflito de regras se resolve pela subsunção.

A aplicação das regras ao caso concreto é um processo binário. Ou a regra é válida ou não é validade, não existindo graduação dessa validade, eis que a figura da regra esta distanciada da questão do valor, da importância. Assim a solução do conflito entre ambas resolve-se pela superação de uma pela outra, com a retirada da regra sobreposta do ordenamento jurídico.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). in BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2008. p. 209.

promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra sustentada pelo princípio mais importante.²⁰⁰

No caso dos princípios, para os quais há colisão (e não conflito, como ocorre com as regras), não se faz um processo “tudo-ou-nada”, havendo a possibilidade de graduação da valoração dos direitos fundamentais postos em jogo, pois, eles formam um todo unitário que precisa viver integrado e harmonizado, eis que devem refletir uma visão integral da dignidade da pessoa humana. Quando dois princípios se colidem um terá de preceder ao outro, porém, precedência não faz com que o outro tenha que ser retirado do ordenamento; nem mesmo que seja esvaziado por completo, eis que deve preservar sempre um núcleo mínimo.

Diz Robert Alexy que o “conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípio – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”²⁰¹, ou seja, dos valores.

No caso dos princípios, a sua colisão é resolvida por um processo de ponderação. A estrutura dessas soluções de colisão (mediante ponderação) é apresentada por Robert Alexy na “lei de colisão”²⁰². Segundo a “lei de colisão” o processo de ponderação deve ser resultado de sopesamento. Quanto mais alto o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

“O “conflito” deve (...) ser resolvido por meio de um sopesamento sobre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”²⁰³.

Quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro princípio, devem ser observadas as circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso concreto, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada entre ambos

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 42.

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 94.

²⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 95.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 94.

a fim de manter a harmonia do sistema. Frente a cada caso concreto é que se poderá verificar quando um princípio precede ao outro, sendo que, as situações de precedência podem se alternar, tudo dependendo do caso real em apreciação.

Explicando de maneira simples a precedência condicionada, Robert Alexy diz que:

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio precedente P_2 , se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C presentes nesse caso concreto.²⁰⁴

Essas situações que levam a determinação de qual princípio naquele caso em específico deve preceder ao outro, são o que se denominou de peso do princípio. Quanto maior o peso de um princípio em certo caso concreto, maior a sua precedência em relação aos demais de menor peso, de menor importância.

A “precedência condicionada” está diretamente ligada às circunstâncias do caso concreto, de modo que é condição *sine qua non* para o exercício da ponderação, não havendo como se falar em “precedência absoluta” na colisão de princípios. Não há uma pré-disposição de preferência entre os princípios de direito fundamental. Eles coexistem formando um todo unitário. O que há é, frente ao caso concreto e de acordo com a possibilidade jurídica, a maior ou menor aplicação de um em relação ao outro, sem um enfraquecimento total do princípio precedido.

Portanto, haja vista seu caráter *prima facie*; por ser mandamento de otimização; por sempre ter um núcleo mínimo reservado em caso de colisões, ou seja, nunca podendo ser esvaziado por completo frente à precedência condicionada, é que os princípios revelam-se importantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

Robert Alexy sustenta que a compreensão de norma jurídica como um “dever ser” abstratamente criado (simplesmente como regra) “é uma ilusão puramente formalista do Estado de Direito”²⁰⁵. Não há como conceber-se a norma

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 118.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2011. p. 76-77.

jurídica distante da realidade social a que ela vai alcançar, distanciada dos valores morais do lugar e tempo em que houver a necessidade de aplicação do Direito.

Essa adequação qualitativa de aplicação do Direito em tempos de pós-positivismo compete aos princípios, que compreendidos como normas, apresentam-se como os mecanismos jurídicos que as Constituições possuem para concretizar o dever do Estado Democrático de Direito em tempos de pós-modernidade, o dever de bem estar sócio-ambiental.

CAPÍTULO 3

O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Como visto nos capítulos precedentes, para responder aos anseios da Sociedade Civil pós-moderna e poder resguardar (protegendo e efetivando) os direitos fundamentais (em todas as suas dimensões) como os maiores valores do homem, é necessário que o Estado na sua visão jurídica seja Constitucional, isto é, um Estado de Direito tendo a Constituição como o centro de legitimação formal e material das suas ações. Ao ser considerado Constitucional, ele é então também compreendido como um Estado Democrático, ao que se fala inclusive em Estado Democrático de Direito como sinônimo de Estado Constitucional.

Portanto, necessário se faz delinear a compreensão de democracia a ser adotada no presente estudo como forma de poder se investigar o exercício do ativismo judicial²⁰⁶ e a sua possível legitimidade diante do modelo de Estado contemporâneo adotada por muitos países ocidentais.

Essa necessidade de uma demarcação da compreensão de democracia para a posterior investigação do ativismo judicial se deve ao fato de que “nas democracias constitucionais atuais, sobretudo nas mais recentes, há novos direitos e novas competências formalmente estabelecidos que, em boa medida, fundamentam a expansão do raio de atuação jurisdicional”²⁰⁷. Este “fenômeno da expansão”, como explica Carlos Luiz Strapazzon²⁰⁸ está intimamente ligado à

²⁰⁶ Como conceito operacional de ativismo judicial entender-se-á a postura ativa e criativa a ser adotada pelo Poder Judiciário na busca de concretização dos direitos fundamentais (em todas as suas dimensões), ainda que suas ações tenham que, em certos casos, corrigir e/ou usurpar algumas funções políticas destinadas originariamente aos outros Poderes.

²⁰⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 573

²⁰⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 573

necessidade de proteção dos direitos fundamentais, mostrando-se mais acentuado nos regimes em que os Poderes políticos não estão atendendo as necessidades básicas da Sociedade Civil e, assim, pondo em cheque a compreensão de Estado Democrático de Direito.

No que se refere a categoria democracia, do período clássico aos dias atuais o termo foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político pelo Estado.

O termo democracia na sua origem e essência revela a forma de governo pela qual o exercício do poder político que o Estado é detentor soberano é exercido pelo interesse do povo, o interesse da maioria.

Comentando as organizações políticas democráticas da antiguidade e da idade média, Celso Fernandes Campilongo²⁰⁹, discorre que “historicamente a situação não é diversa. Os gregos conheceram a decisão por maioria. Do mesmo modo que o senado romano, o direito canônico medieval e as assembleias de senhores feudais também davam razão ao maior número”.

Já nos tempos modernos, o jurista afirma que “o pensamento político liberal resgatou, de maneira peculiar, o princípio majoritário”²¹⁰. Para a modernidade a democracia estava ligada ao interesse da maioria que era traduzido em regras legais.

Norberto Bobbio²¹¹ ressalta que sendo o termo democracia um conceito pertencente a uma teoria ampla sobre as formas de governo, ou seja, pertencente a todo um conjunto de outras conceituações, sua compreensão não pode ser feita sem verificar a sua correlação com as outras formas de governo. “Considerar o conceito de democracia como parte de um sistema mais amplo de conceitos permite dividir o tratamento seguindo os diversos usos a que a teoria das formas de governo foi destinada, ao longo do tempo”. Para o jurista a democracia pode ter uma

²⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2. ed. 2000. p. 28

²¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2000. p. 28.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006.

compreensão descritiva (ou sistemática) e uma compreensão prescritiva (ou axiológica).²¹²

No seu aspecto descritivo “a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes”²¹³. Ela se refere ao poder atribuído ao povo, o governo de muitos, o governo da maioria.

Porém, mesmo sendo uma forma de governo dentre as clássicas apresentadas como o “governo de muitos”, o “governo do povo”, o governo da maioria”, no seu plano prescritivo “a democracia pode ser considerada, como de resto todas as demais formas de governo, com sinal positivo ou negativo”²¹⁴, ou seja, com proteção ao interesse da maioria (sinal positivo), mas ao mesmo tempo com limites destes interesses frente as minorias (sinal negativo).

Muito embora democracia seja um termo de variadas significações e de diferentes acepções axiológicas, existe uma conceituação predominante. Essa consiste em entender a democracia como a forma de governo em que há a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, de forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade.

Porém não se trata de uma participação desorganizada, mas sim numa participação devidamente regulada pelas “regras do jogo”, fixadas e amadurecidas ao longo dos tempos e contemporaneamente inseridas na Constituição.

A democracia pressupõe necessariamente regras previamente estabelecidas sobre o funcionamento do governo do Estado e sobre a forma com que a maioria pode participar desse governo (de maneira direta ou indireta).

(...) o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras,

²¹² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006. p. 135-136.

²¹³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 137.

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 2011. p. 139.

amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas (...).²¹⁵

A democracia (no seu aspecto positivo) seria então o governo da maioria, pautado em regras previamente estabelecidos de como os homens que compõem a sociedade podem participar do governo do Estado.

Ocorre que para uma definição e compreensão completa sobre a democracia, “(...) não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade)”.²¹⁶ É necessário também a criação de freios contra essa maioria e também a imposição de ações para essa maioria frente o interesse da minoria (sinal negativa).

Diz Celso Fernandes Campilongo que “assumir o critério majoritário” como o único instrumento a representar a democracia, “sem o exame aprofundado de suas diversas facetas, pode conduzir a erros graves.”²¹⁷

Na atual concepção democrática, na qual se fala em uma democracia constitucional, a concepção de democracia vai mais além de que representar a forma de governo em que a atuação do Estado busca atender os interesses da maioria, que participa do governo mediante regras previamente fixadas, estabelecidas em leis gerais e abstratas, despidas de paixões e valores pessoais.

A democracia frente ao neoconstitucionalismo da pós-modernidade, permeada pelos valores dos direitos fundamentais inseridos como o núcleo axiológico da Constituição, deve ser tida como a forma de governo que, com regras previamente estabelecidas para a participação do povo no governo do Estado, atenda aos interesses da maioria, porém, respeitados os direitos mínimos da minoria, que são expressos como “limites [de atuação dos interesses da maioria] derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo”.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006. p. 65.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006. p. 172.

²¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2000. p. 43.

A democracia se vista apenas como a forma de governo em que o povo (ou ao menos a sua maioria), mediante regras prévias pode participar do exercício do poder pelo Estado, é uma democracia simplesmente majoritária ou plebiscitária, assim então falha, viciada.

Conforme Luigi Ferrajoli²¹⁹, a democracia em tempos atuais tem de ser constitucional, o que amplia a compreensão da democracia de um governo do povo realizado através das “regras do jogo” para um governo garantidor dessas “regras do jogo” e assegurado dos direitos desse povo.

A concepção da democracia como simplesmente a onipotência da maioria é abertamente inconstitucional, já que a constituição na atualidade é vista justamente como um sistema de limites e de vínculos a todo poder. A Constituição que inicialmente surgiu para limitar os poderes do Estado, agora limita também os interesses da maioria sobre a minoria. E vai mais além, fixando compromissos que devem ser implementados pelo Estado e respeitados pela Sociedade Civil como forma de concretização dos direitos fundamentais e a manutenção da vida pacífica e digna.

Para Lênio Luis Streck²²⁰ a democracia constitucional tem o diferencial de fixar regras do jogo majoritárias e também as “contramajoritárias”:

A regra contramajoritária, (...) vai além do estabelecimento de limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso (...) do resgate das promessas da modernidade, que apontará ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social).

A democracia constitucional reside precisamente no conjunto de limites negativos e vinculações positivas impostas pelas constituições à todo poder.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006. p. 20.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2008.

²²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2007. p. 19.

Conforme Luigi Ferrajoli:

*Un sistema en el cual la regla de la mayoría e la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita e condicionada por la esfera do que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos.*²²¹

E arremata dispondo que “es está la sustancia de la democracia constitucional – el pacto de convivencia basado sobre la igualdad ‘en droits’”.²²²

A Constituição consistiria precisamente no sistema de regras, substanciais e formais que tem como destinatários próprios os titulares do poder. Constituem um programa político para o futuro: a imposição a todos os poderes de imperativos negativos e positivos como fonte para sua legitimação.

A democracia baseada numa Constituição além de ser o sistema de “regras do jogo” de participação da maioria no exercício do governo do Estado, inclusive exigindo a realização de certos atos por essa maioria (vinculações positivas), é ao mesmo tempo as regras do jogo contra essa própria maioria, ou seja, os limites que se impõe a atuação da maioria em respeito aos direitos mínimos da minoria (vinculações negativas).

*Bastaría esa función de limite y vínculo a la mayoría, como garantía de los derechos de todos, para excluir la posibilidad de que las constituciones estén a disposición de la misma mayoría y para reconocer su naturaleza de pacto fundante dirigido a asegurar la paz e la convivencia civil.*²²³

Desse modo, na democracia constitucional a legitimidade tanto política como jurídica do exercício do poder pelo Estado já não está somente condicionada pelas regras que disciplinam as formas majoritárias de seu exercício, senão também pelas regras que condicionam sua substância, o que é lícito ou obrigatório fazer.

O poder do povo, ou seja, da maioria, é um poder juridicamente limitado não somente pelo respeito das formas senão também pelos conteúdos de seus exercícios. Há uma vinculação não apenas formal, mas também substancial no exercício do poder pelo Estado quando do governo democrático constitucional.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2008. p. 27.

²²² FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2008. p. 27.

²²³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2008. p. 33.

Para un sistema sea democrático se requiere al menos que la mayoría le sea sustraído el poder del suprimir el poder del mayoría. Pero este es un rasgo sustancial, que tiene que ver con el contenido de las decisiones y que por tanto contradice la tesis según la cual la democracia consistirá únicamente en el método, o sea, en las reglas procedimentales que aseguran, a través del sufragio universal y del principio del mayoría , la representatividad popular de las decisiones mismas.²²⁴

Como bem explica Luigi Ferrajoli à democracia constitucional inclui junto com a sua a dimensão formal, também um dimensão “substancial”, que reflete seus conteúdos ou a substância das decisões, aquilo que qualquer maioria está, por um lado, proibido e, por outro, é obrigado a decidir, a fazer.

Antes da existência das constituições pós-modernas, a concepção de democracia estava atrelada ao fato de que o interesse da maioria era onipotente, desde que uma vez respeitadas as formalidades das “regras do jogo”. Porém o constitucionalismo democrático pôs um fim nesse liberalismo inserindo limites materiais a esse interesse maior.

No governo democrático constitucional ainda prevalecem os interesse da maioria, obtidos mediante o exercício das “regras do jogo”. O que muda quando da compreensão de um governo democrático de direito, formalístico, (baseado no interesse da maioria obtido através do exercício das regras do jogo, cuja legitimidade se dá pelo respeito à forma) para um governo dito constitucional democrático, é o fato de que no governo democrático constitucional as regras do jogo não apenas servem para legitimar formalmente o interesse da maioria no exercício de um governo. Vão muito mais além, criando limites intransponíveis de exercício de poder para essa maioria formalmente legitimada (esfera negativa de atuação dos poderes do Estado), bem como estabelecendo regras que impõem o exercício do poder ativamente na tomada de decisões em defesa dos interesses da minoria (esfera positiva de atuação dos poderes do Estado na proteção / concretização dos direitos fundamentais).

Diz Lenio Luis Streck²²⁵ que:

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2008. p. 79.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas.

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que esse “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas contra por dispositivos contramajoritários.

A onipotência da legislação (e através dela da maioria política) do Estado de Direito em tempos modernos de liberalismo, cessa na democracia constitucional, cujo alicerce está na rigidez da Constituição, que cria uma esfera de proibições (negativa) e uma esfera de obrigações (positiva) ao exercício do poder pelo Estado em matéria de direitos fundamentais. As Constituições e as normas nela estabelecidas de direitos fundamentais (ligadas e integrantes da compreensão de dignidade da pessoa humana), com a democracia constitucional passam a configurar-se como pactos sociais na forma escrita, que circunscrevem a esfera do “decidível” e do “indecidível”. Isto é, aquilo que nenhuma maioria pode decidir ou não decidir: de um lado, os limites e proibições em garantia dos direitos de liberdade, de outro, a esfera do decidível, os vínculos e obrigações positivas na garantia dos direitos sociais e coletivos.

Diz Luigi Ferrajoli que:

*(...) El garantismo constitucional introduce, en la democracia, una dimensión substancial (...) generada, precisamente, por las prohibiciones y obligaciones impuestas a las opciones políticas, tanto legislativas como de gobierno, por parte de las garantías primarias de los derechos fundamentales sancionados en las constituciones.*²²⁶

Desse modo, a democracia constitucional já não está condicionada única e exclusivamente as formalidades das regras que disciplinam o exercício do poder pela maioria, senão também pelas regras que condicionam sua substancia, seu conteúdo. A vinculação substancial traduz-se no dizer o que é lícito ou obrigatório dizer, por qualquer maioria. São justamente as garantias impostas aos seus conteúdos pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Que a dimensão formal da democracia, como poder fundado sobre a

Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 18-19.

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2008. p. 66.

vontade popular da maioria, expresse um viés necessário é indubitável da democracia: trata-se de um *conditio sine qua non*, na ausência da qual não se pode falar em Sistema Democrático. Porém, a compreensão atual de democracia vai mais além.

O caráter representativo de um sistema político, assegurado pelo sufrágio universal e pelo princípio da maioria, é somente um traço da democracia. Este caráter designa a dimensão política ou formal da democracia, determinada precisamente por regras que disciplinam as formas das decisões e que, são chamadas normas formais sobre a produção. Baseando-se nestas regras, a legitimidade democrática de cada decisão se funda, direta ou indiretamente, em procedimentos idôneos para garantir sua conformidade com a vontade da maioria dos cidadãos.

Além da faceta formal a democracia constitucional exige um elemento substancial, qual seja a vinculação do exercício do governo do Estado com os conteúdos fixados nas cartas constitucionais, em especial aos direitos fundamentais.

A democracia constitucional não se preocupa, portanto, em apenas fixar as regras do jogo (vinculação formal), mas sim em, ao fixar e executar essas regras analisar o conteúdo do exercício do poder pelo Estado. Discutir o caráter substancial na formação das decisões, atendendo o interesse da maioria, mas sempre respeitados os direitos fundamentais da minoria.

Democracia também significa proteção as minorias. (...). Ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra –, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana. Aliás, os direitos humanos, na tradição revolucionária liberal, possuíam esse mesma conotação: instrumento de proteção de indivíduos e grupos minoritários contra os abusos do Estado. Hoje, além dessa dimensão, os direitos humanos são os direitos sociais, igualmente incorporados à tradição da democracia social.²²⁷

Como bem explica Sérgio Cademartori²²⁸, existe no neoconstitucionalismo

²²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. 2000. p. 53.

²²⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2006. p. 231-232.

uma vinculação formal e também uma vinculação substancial. É o respeito as regras do jogo conforme o interesse da maioria, sem que haja o desrespeito aos direitos fundamentais da minoria.:

O fato é que, como antes foi explicado, ao lado da dimensão formal da democracia, constituída pelo princípio da maioria, é de reconhecer-se uma dimensão substancial, caracterizada pela sujeição de todos os poderes à Constituição, entendida como sistema de limites e vínculos impostos aos poderes. Graças a essa dimensão substancial, o direito vincula a maioria não somente quanto a forma do seu exercício (ou seja, os processos de tomadas de decisões), mas também em sua substância (referente aos conteúdos que as decisões (referente aos conteúdos que as decisões devam ter ou não ter). em suma, enquanto o princípio da maioria nos declara quem decide, o princípio da democracia substancial nos diz o que deve e o que não se deve decidir. Ou seja, existem espaços normativos que conformam a esfera do indecidível, e os poderes públicos devem respeitá-los em sua integridade.

Pois, bem, resta claro que o Estado contemporâneo, envolvido do neoconstitucionalismo, tem em seu núcleo uma Constituição vinculada axiologicamente a dignidade da pessoa humana, a qual, através dos direitos fundamentais, erradia valores vinculando material e formalmente todo o sistema e todos os poderes do Estado.

Essa vinculação a todos os poderes do Estado cria uma esfera do que pode (e deve ser decidido) e, ainda, uma esfera de direitos e garantias intocáveis, indisponíveis (no que não pode ser objeto de deliberação, do que não pode ser decidido). Há uma legitimação formal do exercício do poder do Estado encontrada no respeito as regras do jogo fixadas segundo os interesses da maioria. Há também, como contraponto necessário e complementar a primeira, uma vinculação substancial, que limita os interesses dessa maioria e, mais ainda, obriga o Estado na tomada de atitudes prestacionais na implementação dos direitos da minoria.

Partindo-se dessa vinculação substancial trazida pela democracia constitucional na proteção / efetivação dos direitos fundamentais aos poderes do Estado, fica a inquietação científica sobre qual seria a posição a ser adotada pelo Poder Judiciário na tutela (de proteção / de prestação) dos direitos fundamentais, eis que as vinculações positivas e negativas se dão frente a todos os poderes do

Estado, inclusive o judicial.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Segundo Lênio Luiz Streck²²⁹ um dos temas de maior relevo da contemporaneidade por força da democracia constitucional tem sido a discussão sobre o papel (legítimo) a ser desempenhado pelo Poder Judiciário frente ao caráter normativo que foi atribuído na pós-modernidade à Constituição. Para o jurista:

Parece não restar dúvida que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais [hoje sócioambientais] a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão – traz a baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa visão.

É do Poder Legislativo a obrigação de criar as regras do jogo de acordo com os interesses da maioria, respeitados os direitos das minorias (e a necessidade de implementação desses direitos), destinadas a guiar os rumos da Sociedade Civil. É do Poder Executivo a obrigação de criar e adotar políticas públicas para resguardar e implementar os direitos fundamentais, em especial aqueles destinados as minorias que não conseguem deles usufruir por seus próprios esforços e oportunidades.

Já do Poder Judiciário em tempos de democracia constitucional que atitude se deve esperar? A partir desta inquietação é que se passa a investigar e discorrer sobre a postura a ser adotada por este poder do Estado no paradigma trazido pela pós-modernidade (proteção e efetivação dos direitos fundamentais).

Para tanto, parte-se da ideia de que nos tempos atuais a realidade (no que se refere a direitos fundamentais) é de uma ineficácia das políticas públicas praticadas (ou não praticadas) pelo Poder Executivo, bem como da deficiente

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 25.

regulamentação (ou até mesmo ausência dela) das regras criadas pelo Poder Legislativo.²³⁰

É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantias contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.²³¹

Desta premissa inicial (de ineficácia ou omissão do Executivo e do Legislativo em conseguir responder a todas as demandas sociais da pós-modernidade no que se refere aos direitos fundamentais) surge o problema a ser investigado e as suas possíveis hipóteses de resposta, a saber: o Poder Judiciário deve permanecer fiel “a concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional”, ou, este poder deve “elevar-se ao nível dos outros poderes” e, assim, tornar-se “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”?²³²

Em outras palavras, qual seria então o papel a ser adotado pelo Poder Judiciário frente ao Estado Democrático de Direito e a democracia constitucional que dele resulta? Deveria ele manter-se inerte é demonstrar respeito aos dogmas do positivismo moderno num suposto respeito à Separação dos Poderes²³³ e, daí, á

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas.** Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 03.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 140.

²³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 1999. p. 47.

²³³ A idéia de Separação dos Poderes nasceu de Aristóteles, em “A Política”. O filósofo afirmava que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, era inconveniente, distinguindo, pois, três funções do estado: o deliberativo, o executivo e o judiciário. Contudo, na era moderna, o assunto ganha relevo na obra de Montesquieu (O espírito das Leis) na qual ele sustenta a necessidade de os Poderes do Estado serem fracionados para evitar a falta de liberdade dos cidadãos, afastar a corrupção e a impedir a opressão, situações negativas estas que poderiam advir do exercício cumulado de todos os poderes ou de um ou mais deles em conjunto. (in CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade.** 2007. p. 28). Conforme Montesquie (In O espírito das Leis. 2000. p. 148-149) “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está unido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer que o monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente (...). não haveria também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

democracia ou, deveria ter uma postura mais pró-ativa e buscar realizar a Justiça frente a cada caso concreto, ainda que a questão debatida seja de conotação política (portanto pertencente inicialmente aos poderes Legislativo e Executivo)? Nesta hipótese, o que tornaria a sua ação legítima e não afrontadora da democracia?

Viu-se nos capítulos que antecederam que em decorrência do fenômeno neoconstitucional o Poder Judiciário ganhou maior campo de atenção e atuação na tomada de decisões de caráter político sobre os rumos da Sociedade Civil. Isso decorre da elevação dos direitos fundamentais ao status de princípios elementares (vinculantes) do ordenamento, inseridos no núcleo inviolável da Constituição, fixados como o objeto de maior proteção do Estado contemporâneo.

A própria compreensão de democracia sofre uma reformulação em tempos pós-modernos, ampliando sua visão de respeito das regras do jogo (vinculação formal), para também compreender a necessária proteção aos direitos fundamentais das minorias (vinculação material). Esse novo olhar sobre a democracia, tida agora por constitucional, reflete diretamente na atuação do Poder Judiciário.

Nos principais ordenamentos jurídicos democráticos do mundo, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, houve uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas da Sociedade Civil, em decorrência da busca dos cidadãos por respostas judiciais (de prestação ou proteção) em relação aos seus direitos elementares, aos direitos que lhes assegurem uma vida digna, com possibilidades de busca por um progresso existencial.

Essa amplitude do campo de atuação do Poder Judiciário em tempos pós-modernos decorre do movimento neoconstitucional e da sua nova visão sobre a democracia. Tem influência direta dos direitos fundamentais inseridos no núcleo valorativo do ordenamento e do modelo Democrático Constitucional adotado pelos Estados contemporâneos.

Os direitos fundamentais, como visto no capítulo anterior, possuem uma

bifrontalidade que os torna além de direitos objetivos, em também direitos subjetivos e, como tal justiciáveis.

A judicialização²³⁴ dos direitos fundamentais (em decorrência da sua subjetividade e justiciabilidade) aumenta a quantidade de decisões que o Poder Judiciário passa a tomar em relação aos conflitos decorrentes da vida em sociedade. Aumenta também a importância dessas decisões, pois, envolvem os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões (direitos de liberdade civil e política; direitos sociais e direitos coletivos / ambientais).

Essa judicialização dos direitos fundamentais “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.²³⁵

Para Luiz Roberto Barroso essa judicialização dos direitos fundamentais, a qual ele também denomina de Judicialização da Política²³⁶ tem como causa “a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”; a “*constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo”²³⁷.

²³⁴ Para Luiz Roberto Barroso “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas , em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.” BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²³⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

²³⁶ Para o jurista Luis Roberto Barroso a Judicialização da Política “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. (In BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

²³⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

Dentre essas causas, cujo estudo individual demandaria uma nova dissertação, aquela a ser tomada por base para esta pesquisa (sem a intenção de desmerecer as demais e sequer com a pretensão de lhes negar validade) é a da “constitucionalização abrangente”, ou seja, a abertura constitucional promovida pelo neoconstitucionalismo e baseada na principiologia dos direitos fundamentais.

A inserção na Constituição dos direitos fundamentais na qualidade de princípios, e a sua composição como núcleo inviolável do ordenamento, centro de legitimação das ações Estado, assim como a ineficácia do Executivo e do Legislativo em matéria de direitos fundamentais, são os referentes a serem adotados para a investigação da postura a ser tomada pelo Poder Judiciário em tempos de democracia constitucional.

Esse avanço da importância do papel do Poder Judiciário nos Sistemas Democráticos decorrentes da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da judicialização das políticas públicas reforça a inquietação antes suscitada, que é exatamente o problema a ser investigado. De que forma o Poder Judiciário pode envolver-se legitimamente na tutela dos direitos fundamentais, uma vez que em muitos momentos estará agindo sobre um palco político que pertence originariamente ao Legislativo (criação de regras) e ao Executivo (adoção de políticas públicas).

É a partir dessa problemática que se alcançou a compreensão de que no neoconstitucionalismo o Poder Judiciário além de receber uma maior demanda quantitativa e qualitativa de busca de sua atuação em decorrência da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da judicialização das políticas públicas, deve tomar uma postura ativista, oferecendo um novo olhar (de concretização e criação) para a Constituição.

Ao falar-se em ativismo judicial, em uma postura ativista do Poder Judiciário frente ao Estado constitucional, se torna importante delinear o que venha a ser esse ativismo, esse processo ativo e criativo do juiz em matéria de direitos

fundamentais.

Iniciando por uma visão histórica, pode-se dispor que o ativismo judicial “foi cunhado nos Estado Unidos, no contexto da grande transição constitucional do governo de Franklin D. Roosevelt (...), período conhecido como a era do *New Deal*”²³⁸. Esse período desenvolveu-se em decorrência da necessidade de adoção de políticas públicas de aquecimento da economia e de busca de progresso de vida do povo norte americano. Na década 30 os Estados Unidos atravessaram um período em que um grande recesso e um grande número de norte-americanos viveu na absoluta pobreza. Logo, na década seguinte, o governo de Roosevelt, buscou adotar inúmeras políticas públicas para elevar a qualidade de vida do povo americano e fomentar a economia e o progresso do país.

Foi nesse cenário político de busca de proteção aos direitos sociais que o ativismo judicial se fez presente pela primeira vez na Suprema Corte americana (e também no mundo). Quando da análise do caso “*Carolene case*”, entendeu aquela corte de justiça suprema que o Poder Judiciário daquele país não poderia ficar inerte frente às decisões políticas do Congresso Nacional aceitando todas as escolhas políticas majoritárias desse. Dava-se início neste momento ao controle de constitucionalidade das leis em atenção aos direitos fundamentais, o que até então não existia. Quando as ações do Congresso Nacional fossem fruto de circunstâncias antidemocráticas, que não estariam a resguardar os direitos fundamentais do povo americano, a Corte deveria intervir negando validade à lei. No caso judicial citado “a Corte assentou entendimento de que mesmo o princípio majoritário (i.e, princípio da representação política que legitima as ações do Parlamento) precisa ser coerente com os princípios fundamentais do processo democrático de escolhas públicas”²³⁹.

(...) a decisão judicial de natureza inovadora e que, por assim dizer, afrontava competências do Poder Legislativo era a que garantia direitos civis fundamentais contra abusos da maioria. Era o conceito de “Tribunais como guardiões do *Bill of Rights*” (Kmiec, 2004, p. 1451). Esse tipo de criatividade judicial foi associado ao Justice Frank Murphy (integrante da

²³⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. 2013, p. 579

²³⁹ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. 2013, p. 579

Suprema Corte entre 1940-1949), para quem o *judicial review* seria legítimo sempre que o *Bill of Rights* fosse violado pela legislação.²⁴⁰

Mesmo o ativismo judicial tendo por berço o caso acima indicado, o uso público do termo ativismo judicial se deu fora do contexto jurídico, sendo utilizado num cenário político. Conforme Luiz Roberto Barroso o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez por Arthur Meier Schlesinger Jr, em janeiro de 1947, em artigo intitulado de *The Supreme Court: 1947* publicado na revista popular *Fortune*, no qual ele traçava um perfil dos nove juizes da Corte Suprema nos Estados Unidos. Neste artigo alguns juizes da Suprema Corte foram classificados por Schlesinger como “ativistas judiciais”. Essa consideração como ativista se deu em decorrência do papel ativo que alguns destes juizes desempenhavam na promoção do bem estar social, concebendo a lei e a política com elementos inseparáveis.²⁴¹

A visão que o analista político tinha dos juizes ao empregar o epíteto de ativistas na publicação que fez era a mesma concepção que a sociologia tinha do termo, no sentido de “descrever uma postura de enfrentamento, normalmente atribuída a lideranças operárias, estudantis e de movimentos de defesa civis”.²⁴² Juizes ativistas seriam aqueles que defenderiam os direitos fundamentais. Buscava-se falar na figura de um novo tipo de ator social: os *Justices* da Suprema Corte.

Ainda que distinto do campo jurídico, o trabalho de Schlesinger foi o passo inaugural para o desenvolvimento dos estudos seguintes sobre o ativismo judicial, merecendo destaque seguinte o estudo realizado por Edward McWhinney²⁴³. A sua contribuição se deu em criticar o trabalho realizado por Schlesinger. Afirmava Edward McWhinney não existir razões lógicas e acadêmico-científicas para a sustentação da dicotomia apresentada por Schlesinger em classificar os juizes como pertencentes a grupos de “ativismo judicial” ou de “autocontenção judicial”. Para o

²⁴⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. 2013, p. 579

²⁴¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁴² STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. 2013. p. 580

²⁴³ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. 2013. p. 580

pensador, o juiz ora poderia adotar uma postura do tipo ativista, ora poderia adotar uma postura do tipo conservadora, não havendo então como classificá-los cientificamente em ativistas ou não.

A partir destes acontecimentos políticos e jurídicos que se desenvolveram na década de 40 nos Estados Unidos deu-se início a história do exercício ativo, criativo e expansivo do juiz conhecido como ativismo judicial, até então concedido como a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais.²⁴⁴

Porém, vale esclarecer que o estudo sobre a expansão da atividade judicial possui caráter multidisciplinar (tanto que o seu primeiro uso foi político, não jurídico), sendo estudada não só pela ciência do Direito (na forma do ativismo judicial)²⁴⁵, mas também pela teoria sociológica e pela teoria política, ao que então diversas categorias de semelhantes compreensões foram sendo cunhadas em outras áreas ao longo dos tempos.

Daí porque expressões como *judicialização da política* (Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53); *democratização da justiça* (Andrighi, 1997, p. 180); *juristocracy* (Hirschll, 2004, p. 13) *coutocracy* (Scheppelle, 2001, PP. 3-6) e até *supremocracia* (Vieira, 2008, p. 444) se tornaram tão familiares no jargão cotidiano e na literatura científica.²⁴⁶

A própria expressão ativismo judicial já recebeu distintas concepções jurídicas²⁴⁷ no transcorrer de sua existência e aperfeiçoamento até chegar a sua

²⁴⁴ Mesmo tendo se falado de ativismo judicial apenas na década de 40, nos Estados Unidos, o exercício de uma atuação criativa do juiz, que afronta a competência do Parlamento, já data do século XIX junto a Inglaterra, porém não sob o epíteto de ativismo judicial. Naquela época havia a prática da “legislação judicial”, que consistia em uma sentença que tinha o status de se assemelhar as leis, cuja competência criativa era exclusiva do Parlamento inglês. O mesmo também se deu tempos após na Grã Bretanha, ainda no século XIX. (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais, 2013. p. 577).

²⁴⁵ “Os doutrinadores do ativismo judicial são juristas (Barrosos, 2010, p. 94) e cientistas políticos (Tate, 1995, PP 27-38; Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53; Maciel e Koerner, 2002, p. 127) dos mais diversos matizes ideológicos, empenhados em investigar e discutir a intervenção política do Poder Judiciário, sobretudo as decisões criativas de direitos e deveres que afetam competências presumidas dos poderes políticos representativos”. (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 577).

²⁴⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 577.

²⁴⁷ Para Carlos Luiz Strapazzon há pelo menos outros cinco usos correntes do termo ativismo judicial

noção atual de atividade ativa e criativa do juiz na defesa dos direitos fundamentais em questões que deveriam ter sido alvo de debate político do executivo e do legislativo, mas o foram (ou, ao menos, o foram de maneira ineficiente) e, portanto, merecem proteção e efetivação pelo Poder Judiciário.

Assim, em que pese às divergências existentes e a falta de uma homogeneidade de compreensão sobre a expressão ativismo judicial (dada a multiplicidade de ramos que a estuda e, também, a multiplicidade de compreensões que dela se abstrai em cada um desses ramos), a expressão mais comumente adotada na bibliografia investigada por esta pesquisa (considerando os referentes apresentados) foi o termo ativismo judicial, no sentido de representar a ação política expansiva e criativa do juiz na defesa e implementação de valores ligados a dignidade humana expressos no núcleo da Constituição.

Carlos Luiz Strapazzon²⁴⁸ discorre que o estudo sobre a “expansão das funções jurisdicionais” decorre, para ele (e também para muitos outros autores²⁴⁹), da “substantivação” do direito, ou seja, da vinculação material que os direitos fundamentais operam como núcleo de uma Constituição em tempos atuais.

O marco filosófico do ativismo judicial é assinalado pela superação da filosofia jurídica positivista, denominada de pós-positivismo. É observada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios de direitos fundamentais.

Em tempos pós-modernos, a democracia constitucional e a conseqüente

que destoam do adotado nesta pesquisa (de ser o ativismo o exercício ativo e criativo do juiz na proteção e efetivação dos direitos fundamentais quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo são inertes e/ou ineficazes), a saber: 1. Controle judicial de interpretação constitucional possível; 2. Inovação judicial contrária a precedentes; 3. Decisão judicial com efeitos *erga omnes*; 4. Decisão judicial que não segue cânones interpretativos e, por fim, 5. Decisão judicial que se desvia de objetivos especiais”. (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 584).

²⁴⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 574.

²⁴⁹ Carlos Luiz Strapazzon cita exemplificativamente os seguintes pesquisadores que, como ele, defendem a expansão das funções jurisdicionais a partir da vinculação substancial que os direitos fundamentais inserem nas constituições e com isso no cenário democrático de um Estado contemporâneo: Robert Alexy; Gustavo Zagrebelsky, Ingo Wolfgang Sarlet e Luiz Roberto Barroso. (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político**: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. 2013. p. 575).

vinculação substancial sobre os poderes do Estado frente aos direitos fundamentais daí advindos, exigem que o Poder Judiciário avance e passe a ver na Constituição não mais apenas o centro de validade formal das normas que compõem o ordenamento, mas também, e com grande relevância, o centro de validade material de todo o “Sistema Democrático”. Portanto, deve agir criando vinculações (positivas e negativas) às ações do próprio Estado e da Sociedade Civil mediante a produção da norma jurídica frente ao caso concreto sempre que a situação fática e os princípios fundamentais envolvidos assim o exigirem. “O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.²⁵⁰

Para Leino Streck²⁵¹ o Poder Judiciário:

(...) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, tem precedência mesmo contra textos normativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição”. P. 31

Partindo-se da vinculação material trazida pela democracia constitucional na proteção dos direitos fundamentais, somando-se a esta a subjetividade decorrente destes direitos elementares resultantes da dignidade da pessoa humana, acredita-se ser necessário que o Poder Judiciário em tempos pós-modernos passe a exercer papel decisivo, ativo, criativo, na concretização (como proteção e prestação) dos desejos da Sociedade Civil.

Essa postura ativa do Poder Judiciário teria o desiderato de efetivar as promessas não cumpridas oriundas da modernidade. Pelo ativismo judicial sai-se “(...) de um direito meramente reprodutor da realidade e, passa-se a um direito com

²⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

²⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 31.

potencialidade de transformar sociedade (...)"²⁵².

Do Poder Judiciário espera-se nos dias atuais mais do que um simples aplicador frio da letra da lei. Espera-se dessa esfera dos poderes do Estado uma participação mais ativa, mais eficaz e efetiva, mais ligada aos acontecimentos sociais, aproximando a norma do valor Justiça, num verdadeiro exercício de proteção e implementação dos direitos fundamentais. Uma atuação ativista. Para tanto, se necessário for, frente a omissão ou imperfeição dos poderes competentes em matéria política de direitos fundamentais (Legislativo e Executivo) poderá o Poder Judiciário atuar como produtor da norma jurídica.

Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral explícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura (...).²⁵³

O monismo estatal na produção da norma apenas pela via Legislativa e Executiva e, ainda, o seu distanciando aos valores morais da sociedade, provocam, em tempos atuais, crises de legitimidade. Assim, acredita-se ser possível e necessária a existência de um ativismo judicial na busca do resguardo dos direitos fundamentais, elemento central do Estado Constitucional contemporâneo.

A simples aplicação da lei, sem considerar o elemento valorativo constitucional já não tem mais serventia. Atualmente, o sistema jurídico que pode dar conta desse tipo de justificação (fundamentação), é o desenvolvida no pós-positivismo, que vê no juiz uma figura ativista, consagradora dos direitos fundamentais, ator importante da história da concretização dos valores constitucionais.

Somente pela concepção material, substancial, é que a aplicação da lei pode se afastar do caráter positivista, formalista, absorvendo o elemento valorativo da norma, obedecendo às exigências e necessidades do Estado Democrático de

²⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 02.

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 32.

Direito.

Exige-se cada vez mais um magistrado atuante, que busque nas fontes materiais do direito, no seio da sociedade cultural os valores absorvidos ao longo do historicismo do homem, os quais estão traduzidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais.

O juiz que tiver uma postura criativa, com relação a essa fenomenologia, ajudará a construir o direito justo porque o trabalho de interpretação que aproveitar todas as fontes legítimas de Direito será muito mais conseqüente e capaz de ganhar consenso social.²⁵⁴

Em tempos de pós-modernidade numa busca da reaproximação dos valores morais da sociedade ao Direito; da reaproximação da norma formalmente validade aos valores de Justiça e Bem Comum, que lhe atribuirão validade material, portanto, legitimidade, espera-se um juiz mais liberto, mais atuante num papel construtivo do direito frente ao caso concreto.

O modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (...). É o constitucionalismo dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância (...)²⁵⁵.

Portanto, o Estado Democrático de Direito espera (e possibilita) é um juiz ativista, criativo e protetor dos princípios constitucionais. O Poder Judiciário em tempos pós-modernos não mais pode ser o mesmo daquele do Estalo Liberal de Direito, em que os juízes eram simples aplicadores da lei (distantes da realidade dos fatos, dos valores sociais). Com a elevação dos direitos fundamentais ao status de princípios constitucionais ligados a dignidade da pessoa humana e, portanto, valores morais de legitimação das ações do Estado, o Poder Judiciário deve ter realmente uma postura mais atuante, mais presente e efetiva na proteção e consagração desses direitos.

²⁵⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 76.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

(...) há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.²⁵⁶

O descrédito com os sistemas políticos tradicionais pela corrupção do Poder Legislativo e pelo jogo de interesses do Poder Executivo; a desatenção que estas esferas do poder do Estado têm para com os interesses pós-modernos da Sociedade Civil; o avanço que as tecnologias trouxeram e a incapacidade (ou desinteresse) que as demais esferas de poder do Estado têm de acompanhar essa necessária evolução, em especial quando envolvem os interesses e necessidades das minorias; tudo isso, fizeram com que o Poder Judiciário tivesse que absorver essa parcela de atuação, essa posição ativista de proteção e efetivação da Constituição.

Há de fazer um parêntese neste momento para deixar claro que a judicialização como consequência da subjetividade dos direitos fundamentais não pode ser confundida com o ativismo judicial. Embora em tempos pós-modernos, da judicialização dos direitos fundamentais decorra logicamente o ativismo judicial, aquela é uma realidade decorrente do neoconstitucionalismo e da elevação dos direitos fundamentais como centro axiológico do ordenamento jurídico. Já o ativismo é uma postura a ser seguida, um modo de ser, de atuar, uma forma criativa a ser adotada. Ambos não se repelem, embora possam existir separadamente. Todavia, a sua conjugação traz maior força e melhor compreensão do “Sistema Democrático” do Estado contemporâneo, revelando a importância do Poder Judiciário no atual contexto vivido pelo homem.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição,

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2009. p. 378.

expandindo o seu sentido e alcance²⁵⁷.

Em decorrência da necessária proteção que os direitos fundamentais devem possuir (tanto proteção a sua esfera negativa, assim como proteção a sua esfera positiva) sempre que esses direitos não forem assegurados pelos poderes Legislativo e Executivo (ou se forem de maneira ineficaz, sem efetividade), deve (e não apenas pode) o Poder Judiciário tomar uma atitude pró-ativa de proteção a esses direitos.

Discorrendo sobre a correlação entre a justiciabilidade dos direitos fundamentais e o ativismo judicial Andrei Koerner preleciona que:

(...) em termos simplificados, a judicialização teria uma precondição necessária (democracia), algumas facilitadoras (separação de poderes, política de direitos – a mais relevante, instituições majoritárias pouco efetivas etc.), e uma condição eficiente: o ativismo de juízes em oposição à tendência dominante nas instituições majoritárias. A Judicialização seria um fenômeno raro, mas tornar-se-ia cada vez mais freqüente, pela expansão das precondições estipuladas, que permitem que juízes ativistas possam promover sua preferências políticas contra os representantes eleitos.²⁵⁸

Desta forma, o ativismo judicial vem a ser compreendido para este estudo como o exercício do poder do Estado pela via Judicial para a proteção e consagração criativa dos direitos fundamentais. “Uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.²⁵⁹

Importante esclarecer que frente ao Sistema Democrático existente em tempos neoconstitucionais o ativismo judicial não deve ser visto como uma invasão antidemocrática do Poder Judiciário sobre a esfera de atuação dos outros poderes. Deve sim ser compreendido como uma atuação ativa para a proteção dos direitos

²⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

²⁵⁸ KOERNER, Andrei *et al.* Sobre o Judiciário e a Judicialização. *In*: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. p. 153.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. p. 279.

fundamentais (em suas múltiplas dimensões) sempre que as demais esferas do poder do Estado se mostrarem inertes ou ineficazes frente aos casos concretos e valores fundamentais postos em debate.

Sempre que o Poder Judiciário for acionado para tutelar um direito fundamental não pode deixar de fazê-lo ao argumento da falta de legislação específica pelo Poder Legislativo, ou até mesmo pela ausência de políticas públicas ou dotação orçamentária por parte do Poder Executivo. Em que pese sejam essas questões políticas, assim intimamente ligadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo (palco dos debates políticos), o Poder Judiciário, como uma das formas de exercício de poder pelo Estado, tem a obrigação de, sempre que for provocado para proteger um direito fundamental que lhe seja posto em apreciação, tomar uma decisão que efetivamente proteja o direito analisado, dando assim aplicabilidade ao preceito constitucional invocado.

Ao Judiciário cabe a missão de dar efetivação material aos direitos fundamentais, o que faz através de um juiz atuante, que busca nos valores morais justificados do ordenamento (expressos na Constituição como princípios) a interpretação e aplicação das normas frente aos casos concretos que lhe são postos em jogo. O ativismo atribui ao juiz a capacidade de máxima otimização possível dos direitos fundamentais postos em debate (aplicando com maior amplitude possível e o menor esvaziamento necessário os princípios envolvidos e, direcionando a aplicação justa das regras na situação concreta) tudo com a intenção de proteger e efetivar os valores fundantes que emanam e circundam a dignidade da pessoa humana.

O cenário mundial do pós-guerra, impulsionado pelos avanços e pluralidades comuns do século XX e XXI, fez desenvolver um novo tipo de Estado, o Estado Democrático de Direito, que envolvido do movimento neoconstitucionalista inseriu nas Constituições os valores maiores da Sociedade Civil. Frente a estes direitos, todas as ações do Estado devem se desenvolver, sendo este seu fator de legitimação (proteção e efetivação dos direitos ligados a dignidade da pessoa humana). Por tal, com a perda de eficácia e efetividade das ações políticas dos demais poderes, o Poder Judiciário ganha força, tornando-se o responsável por tutelar e consagrar as questões morais que envolvem a dignidade do homem. Torna-

se palco dos debates políticos que as outras esferas de Poder não debateram ou, debateram com possíveis falhas (excessos e/ou omissões).

O neoconstitucionalismo “ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente é inexorável que com a positivação dos direitos (...) fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial a Justiça Constitucional) passa a ter um papel de absoluta relevância (...)”.²⁶⁰

O ativismo judicial surge como um contrabalanço, ou até mesmo um freio, sobre o interesse da maioria advindo das demais esferas de poder (Legislativo e Executivo). Assim o sendo, ele não afeta a Separação dos Poderes como elemento integrante da democracia, mas sim exerce a função de balancear esses poderes.

No cenário contemporâneo não há uma limitada e certa Separação dos Poderes do Estado. O que se acredita existir é uma tripartição dos poderes em que existam pontos em comum de atuações políticas, como ocorre nos direitos fundamentais. Por ser o Estado uno, una é a emanção do poder político, pelo que a função de efetivar e proteger direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, não é do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo, mas sim do Estado, atingindo, portanto, a todos os seus poderes, inclusive o Poder Judiciário.

Segundo Mauro Cappelletti, “(...) o ideal da estrita separação dos poderes teve como conseqüência um Judiciário débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. (...) um legislativo totalmente não controlado (...) um executivo praticamente não controlado (...)”²⁶¹. Disso resultou ofensa a própria noção de legitimidade desses poderes, pois, distanciados dos ideias democráticos.

O que se espera com a postura ativista não é que o Poder Judiciário faça todos as vezes dos poderes Executivo e Legislativo em matéria de direitos fundamentais. O que se acredita ser o ideal é “(...) um sistema equilibrado de controles recíprocos”, de coexistência de “um legislativo *forte* com um executivo *forte*

²⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 1999. p. 47.

e um Judiciário *forte*²⁶². O que se espera é que o Poder Executivo e o Poder Legislativo exerçam com eficácia e eficiência suas funções proteger e implementar todos os direitos fundamentais. E, quando isso não ocorrer (e somente quando isso não ocorrer), seja por falha ou omissão daquelas esferas de poder político, deve o Poder Judiciário, por também ser um poder do Estado, atuar ativamente para a implementação destes valores fundamentais da Sociedade Civil. A missão do Estado contemporâneo é essa e se os poderes Executivo e Legislativo não a realizam a contento, o Poder Judiciário deve fazê-lo, pois, será o próprio Estado quem estará executando esta função que ele próprio compete.

O ativismo é uma postura prática necessária para a consagração do respeito à democracia constitucional, que serve para a proteção (e também efetivação) dos interesses existenciais das minorias frente às vontades políticas da maioria, advindas das ações (ou omissões) do Executivo e do Legislativo e, ainda, para a proteção de toda a Sociedade Civil (inclusive das majorias) quando o próprio Legislativo e Executivo não dão efetivação as suas funções enquanto poderes do Estado. Serviria também para a proteção dos interesses da maioria quando o Legislativo e o Executivo não implementarem regras e políticas para a proteção e efetivação de direitos que possam ser de interesse de todos, até mesmo dessa maioria.

O ativismo judicial não se limita apenas em proteger as minorias contra o interesse das majorias, mas sim realizar um ajuste no Ordenamento Jurídico todo, verificando e delimitando alcance da regra legal frente ao caso prático, aplicando sobre ela os valores dos princípios de direitos fundamentais. Dito exercício ativista pode ter como resultado que a interpretação do magistrado coincida com o alcance que regra editada pelo Legislativo ou a política adotada pelo Executivo venham a ter determinado (casos estes estejam atentos e realmente preocupados em efetivar e proteger todos os direitos fundamentais, criando normas e fixando ações de efetivação destes valores). Porém, quando a regra do Legislativo ou a política pública do Executivo não existirem, ou até mesmo existindo forem ineficazes,

²⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2007. p. 33.

ineficientes, o Poder Judiciário deverá adotar uma atitude pró-ativa, criativa, produzindo o direito no caso concreto e corrigindo as eventuais imperfeições do “Sistema Democrático”.

O ativismo judicial, acredita-se, é a visão ideal que se deve ter do magistrado em períodos contemporâneos, nos quais os interesses da maioria nem sempre respeitam as minorias criando regras injustas, ou, no mínimo despidas de equidade ou, até mesmo, deixando de criar regras necessárias para a proteção das múltiplas minorias existentes. E, ainda, o próprio Parlamento e a Administração podem sequer atender os desejos da maioria da Sociedade Civil, demonstrando uma quebra da sua representatividade, o que ocorre quando estes poderes preocupam-se apenas com seus interesses internos e esquecem da sua função de representar a maioria que pelo sufrágio universal os elegeram. Neste cenário antidemocrático (de omissões, descasos ou excessos), o juiz deve ter uma posição mais ativa, de corretor / produtor do direito frente ao caso concreto. Tomando por base a gama de princípios de direitos fundamentais deve o magistrado corrigir as regras injustas, seja lhes restringindo, seja lhes ampliando o alcance, assim como criar regras no caso concreto que efetivem e protejam os direitos fundamentais, mesmo que as esferas originalmente competentes para tal tenham se mostrado inertes, ineficazes ou excessivas.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de política públicas.²⁶³

O ativismo judicial vem a ser a forma pela qual o magistrado busca reaproximar e filtrar o comando legal através de valores morais (devidamente fundamentados, com eficácia e eficiência, e inseridos na Constituição). Justo não

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. 2011. p. 279.

pode mais apenas ser o que está na lei (ou o que deixa de estar). Justo, moral, ético²⁶⁴, é aquilo que respeita e efetiva os direitos fundamentais, pelo que sempre que estes forem mitigados pelos Poderes Executivo e Legislativo (em proveito da maioria ou da minoria), deve o Judiciário sobre eles intervir e, numa postura pró-ativa, construtiva, não permitir a lesão (por ação ou omissão) à dignidade da pessoa humana.

A representatividade política do Poder Executivo e Legislativo não são as únicas fontes de legitimação das ações do Estado. A legitimação do Poder Judiciário em que pese não ser representativa decorreria da proteção e efetivação que este viesse a dar aos direitos fundamentais, o que tornaria sua postura ativista como democrática e, assim, legítima.

O ativismo judicial revela a possibilidade de o julgador produzir o direito frente ao caso concreto, pautado nos valores e desejos da Sociedade Civil que estão expressos na Constituição na forma de direitos fundamentais. Para tanto, o Judiciário não necessita de uma prévia ação do legislador, nem mesmo de adoção de políticas públicas e orçamentárias do administrador. Existem questões relacionadas à dignidade da pessoa humana que exigem de todos os Poderes, com ou sem a ajuda dos demais, a prática de ações (judiciais e/ou executivas e/ou legislativas) para a consagração da dignidade do homem através da proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário, em tempos pós modernos, compete determinar o alcance das normas que envolvam direitos fundamentais, sempre atento à necessidade e dever que o Estado tem de possibilitar ao homem uma vida com reais possibilidades de progresso. “(...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados

²⁶⁴ O conceito operacional de ética para esta pesquisa decorre da compreensão de ação ou omissão do Estado estar de acordo com os valores morais, positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Conforme Osvaldo Ferreira de Melo “Cabe à Ética decidir qual seja a resposta sobre o que moralmente correto; ao Direito sobre que seja racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil. Seriam estes três caminhos, aqueles que apontariam uma forma racional de buscar o bem, o bom e o belo na vida social”. (*In*: MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994. p. 18)

vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.²⁶⁵

Assim, pode e deve o juiz frente a cada caso concreto, estipular a melhor aplicação possível da regra e dos princípios envolvidos, sempre tendo como base de legitimação de suas decisões os direitos fundamentais.

Na pós-modernidade as Constituições deixam de ser uma mera carta política e passam a ser o centro de legitimação de todo o Sistema Democrático. Ela deixa de ser um texto político sem juridicidade para se tornar o núcleo inviolável de todo o ordenamento jurídico, emanando valores sobre todas as regras e políticas públicas criadas pelo Legislativo e Executivo. A Constituição tem a função (e o compromisso) de provocar, de propor, de viabilizar a mudança do cenário sócio-político de um Estado. Isso decorre da força normativa dos direitos fundamentais.

(...) a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.²⁶⁶

O papel ativista do juiz revela ser ele o de intérprete aberto e progressista da Constituição, preocupado em buscar no ordenamento a aplicação correta das regras que mais se compatibilizem com os valores de direitos fundamentais postos em disputa. O julgador deve escolher e dar à regra o melhor alcance possível para a proteção da dignidade da pessoa humana, criando ou remodelando a norma, se for necessário, para que esta proteção seja alcançada.

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos (...). O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da

²⁶⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 2009. p. 12.

política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes.²⁶⁷

O ativismo afrouxa as amarras legais para lhes possibilitar novos contornos, sempre atento e direcionado a consagrar e proteger a dignidade do homem. Ao juiz ativista compete interpretar a norma e lhe dar os recortes que o caso concreto requer para que os valores maiores da Sociedade Civil sejam respeitados, consagrados.

A interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais não pode mais advir simplesmente dos processos de subsunção criados pela modernidade do Estado Liberal. Em decorrência da maleabilidade que os direitos fundamentais possuem, por serem eles normas princípios, isto é, nunca podendo ser esvaziados por completo e sobrepondo-se sobre as regras legais, devendo ser aplicados na máxima otimização possível, é que se permite ao juiz agir legitimamente na construção do direito frente ao caso concreto.

Os tempos atuais exigem um juiz não coadjuvante, simples aplicador da lei, e sim, acima de tudo, um juiz protagonista, criador do direito no caso concreto e protetor dos direitos fundamentais.

Com a visão neoconstitucional das normas como regras e princípios se possibilita uma nova forma de interpretação jurídica, não mais puramente mecânica, autômata, mas sim argumentativa²⁶⁸, pautada nos direitos fundamentais.

²⁶⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. 2011. p. 266.

²⁶⁸ Conforme Manuel Atienza “a teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos”. Para ele as Teorias da Argumentação enquanto mecanismos de legitimação e justificação das ações do poder Judiciário podem se distinguir em três diferentes campos jurídicos, a saber: “o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas” ocorridos numa fase pré-legislativa de escolhas realizadas pelo legislador para a criação da norma; “o da aplicação de normas jurídicas a aplicação de casos” e; por fim, e o que mais interessa ao presente estudo (sem querer se negar a importância dos demais campos da argumentação) é o da “dogmática jurídica”, em especial quanto a sua capacidade de critérios, argumentos, para facilitar (e até mesmo justificar) a tomada de uma decisão jurídica legítima quando da aplicação de uma norma ao caso concreto. Conforme Manuel Atienza dentre as mais variadas Teorias da Argumentação Jurídica nascidas na década de cinquenta, já num cenário pós segunda guerra mundial, tiveram (e merecem) destaque as obras de: a) Theodor Viehweg (*Topic und Jurisprudenz*); Chaim Perelman (*La nouvelle rhétorique: Traité de l’argumentation*); Stephen E. Toulmin (*The uses of argument*); Neil MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*) e, por fim, Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*). (In: ATIENZA,

No período Liberal, conforme afirmou Montesquieu²⁶⁹ as decisões judiciais deveriam ser amparadas apenas na subsunção do texto legal ao fato exposto, sem qualquer poder criativo do julgador, “a tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei”:

Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os comportamentos que nela são assumidos. (...) os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que esta lei não podem moderar nem a força nem o rigor.²⁷⁰

Segundo Montesquieu²⁷¹ somente o Legislativo em tempos modernos tinha a capacidade e a legitimidade de criar regras, competindo ao Judiciário apenas aplicá-las, sem qualquer esforço extra de interpretação construtiva, pois, para ele, insegura.

Porém a situação modificou-se na pós-modernidade. A Constituição muda de roupagem e se torna o centro de validade geral do ordenamento jurídico, trazendo para seu núcleo inviolável um conjunto de valores ligados à pessoa humana, os quais vinculam formalmente o ordenamento e, também, de maneira substancial. Com isso os julgadores passam a ganhar foco de atenção e campo de atuação, eis que passam a ter princípios, valores, em que se apoiar para ter uma posição mais ativista, mais criativa e criadora da norma. Essa posição ativa do Judiciário estaria legitimada porque estaria a cumprir a função do Estado de proteger os direitos fundamentais mediante decisões obtidas como resultado de um processo justificado racionalmente.

A legitimidade do exercício do ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais decorre da sua prática em casos de omissões ou imperfeições dos demais poderes do Estado.

Na atualidade “a idéia de subsunção abre espaço para a de ponderação; a independência da lei cede lugar a onipresença da constituição e, enfim, a

Manuel. As razões do direito, 2006. p. 18).

²⁶⁹ MONTESQUIE. **O Espírito das Leis**. 2002. p. 167.

²⁷⁰ MONTESQUIE. **O Espírito das Leis**. 2002. p. 172.

²⁷¹ MONTESQUIE. **O Espírito das Leis**. 2002. p. 167.

autonomia do legislador democrático é confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais”.²⁷²

A legitimidade do ativismo judicial, então, baseia-se na interpretação e aplicação concreta da norma a partir dos direitos fundamentais quando da omissão ou ineficácia dos outros poderes.

Na compreensão de Manuel Atienza²⁷³ o positivismo jurídico tem seu ciclo encerrado na pós-modernidade, dando espaço para uma nova ordem jurídica com alicerces nos direitos e garantias fundamentais. Esse rompimento de fronteiras entre o direito positivado como meio de resolução de conflitos com base apenas em regras e o sistema de princípios (valores fundamentais) como normas, serve de motivação para os julgadores serem ativistas, argumentando²⁷⁴ para justificar que suas decisões são realmente legítimas.

Todo o direito, resultante do ordenamento jurídico positivo ou mesmo decorrente de uma decisão judicial ativista envolve necessariamente uma pretensão de correção material, responsável por unir Direito e Justiça em tempos pós-modernos. Para Robert Alexy²⁷⁵ todas as regras do ordenamento, assim como todas as decisões judiciais ativistas devem sempre estar envolvidas de uma correção moral, de um ajuste prático axiológico, de um sopesamento e ponderação racional dos valores envolvidos como forma de legitimar a norma produzida.

A pretensão de correção²⁷⁶ envolve uma pretensão de

²⁷² VALE, Andre Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2009. p. 4.

²⁷³ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. p. 44.

²⁷⁴ (...) A abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável, mas ela é uma abertura qualitativa. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação, no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre esta base é racionalmente estruturada (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008. p. 574)

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2008. p. 111.

²⁷⁶ Na aplicação da norma ao caso concreto deve haver uma pretensão de correção avinda do direito positivo que torna formalmente válida a norma. Paralela a essa pretensão formal, existe também uma pretensão de correção substancial, determinada pela vinculação do direito positivo à moral, esta, inserida nos textos constitucionais na forma de direitos fundamentais. Essa pretensão de correção material servirá como o elo de ligação entre o texto positivo (frio e distante da realidade) com os valores e situações postos em jogo, cujo objetivo seria delinear no caso concreto o

fundamentabilidade, que decorre da capacidade humana de discursivamente indicar as razões de sua decisão, as quais devem estar envolvidas com os direitos fundamentais haja vista a necessária correção entre a forma e o valor, o Direito (enquanto processo formalístico) e a Justiça (enquanto qualitativo moral).

Desta maneira, o exercício do ativismo judicial poderá ser considerado e justificado como legítimo sempre que, avaliando axiologicamente a situação política que não foi resolvida (ou que foi mal resolvida) pelo legislador, e também as ações de escolhas políticas do administrador, fazer a sua devida aplicação ao caso concreta com a ponderação dos direitos fundamentais envolvidos, justificando argumentativamente sua escolha (de aplicador ou criador da norma) mediante um processo racional de argumentação.

No período atual de Estado Democrático de Direito, os juízes são considerados “legítimos criadores do direito, e não simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela conveniência humana”.²⁷⁷

Porém, esta posição ativista revela para alguns pensadores o temor a discricionariedade exacerbada, ao decisionismo, a arbitrariedade, o que faria dessa uma postura e atividade antidemocrática, afrontadora do Estado contemporâneo.

Luiz Roberto Barroso²⁷⁸, embora defenda uma posição ativista, aponta os elementos de argumentação que os opositores do ativismo sustentam. Segundo o jurista, o primeiro óbice apresentado é a “dificuldade contramajoritária”, que questiona a legitimidade democrática do Judiciário em agir sobre um espaço político que pertence ao Executivo e ao Legislativo. Sustentam os adeptos desta crítica que o Judiciário seria uma instância tradicionalmente conservadora, não podendo servir para frear os interesses da maioria politicamente representada.

alcance da norma discutida, justificando a decisão daí decorrente (seja ela ativista ou positivista) mediante um processo de racionalidade argumentativa. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2008. p. 189).

²⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2007. p. 120.

²⁷⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

As críticas ainda avançam identificando a possibilidade de o exercício do ativismo judicial gerar uma indesejável instancia hegemônica no Poder Judiciário, no sentido de que ele tudo pode decidir, ao que esse poder então supostamente tropeçaria na sua falta de capacidade técnica (“capacidade institucional”) para compreender todos os assuntos debatidos e sobre eles poder expressar uma opinião com consistência e conhecimento.

Luiz Roberto Barroso diz que os críticos ainda apontam para os riscos de “efeitos sistêmicos” que eventuais decisões ativistas poderiam gerar, provocando elas, ao invés de uma correção, uma falha no Sistema Democrático, de impactos sobre outros setores.

Por fim, a suposta falha sustentada no ativismo judicial ainda decorreria da elitização do debate, que ficaria reduzida estritamente aos que podem acessar o *locus* judicial e neste discutir as questões políticas envolvidas nos casos em disputa. Estariam eliminados do debate (o que revelaria uma afronta a democracia), aqueles que não dominam os métodos e discursos próprios da argumentação jurídica.

Dentre estes que não veem com bons olhos o ativismo judicial, ou ao menos lhe impõem sérios questionamentos e restrições, pode-se citar o jurista Elival da Silva Ramos. Segundo ele só é possível falar-se em ativismo judicial num Estado Democrático de Direito se respeitar-se o principal elemento do período Liberal, a saber, o respeito à legalidade.

Até se pode dotar o intérprete da norma de certa liberdade de interpretação. Porém, esta liberdade deve estar sempre restrita ao texto normativo.

A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para aferição do caráter ativista ou respeitoso à Separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, como o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes ao tratamento da questão. O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda a e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.²⁷⁹

²⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros dogmáticos. 2010-168.

Baseado ainda nos pilares do positivismo jurídico Elival da Silva Ramos adere (e fortalece) ao pensamento de que o ativismo judicial, “enquanto o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”²⁸⁰ deve possuir limites dogmáticos. O primeiro deles, se não o mais importante como o próprio autor revela, é que o Poder Judiciário, ao buscar ser ativista, tem seu campo de interpretação (e, portanto, de criação) da norma previamente delimitado pelo Legislador, não podendo ultrapassar esta fronteira, sob pena de ofensa a democracia, em decorrência do desrespeito a Separação dos Poderes. Assim, qualquer exercício ativista estaria vinculado ao texto base da norma criada pelo ator político legislativo.

Como conseqüência do período Liberal, normativista, fixou-se como parâmetros da legalidade e da legitimidade das ações do Poder Judiciário o exato cumprimento da regra criada pelo Poder Legislativo, ou o respeito as adoções (ou não) de políticas públicas pelo Poder Executivo. Assim, somente quando a lei autorizar, poderia o Judiciário interferir nessas esferas de atuação dos outros poderes. Logo, a produção da justiça pelo Poder Judiciário estaria limitada, circunscrita aos limites fixados pelas regras legais.

Qualquer interpretação, qualquer exercício ativista em defesa dos direitos fundamentais, revelados como fator de validade material do Ordenamento Jurídico, estaria limitado às normas criadas pelo Legislador.

Para Elival da Silva Ramos o positivismo jurídico empresta as seguintes características para o modelo hermenêutico constitucional atual: “a concepção sistêmica do direito; b) a primazia das fontes estatais; c) a imperatividade e coatividade do direito; todas vinculadas, ainda, aos princípios da igualdade formal e da segurança jurídica”.²⁸¹

A postura ativista segundo o jurista deve partir de um processo hermenêutico que necessariamente vincule o intérprete ao texto base da norma. Assim, ganham importância a interpretação gramatical, a histórica e, também, a

²⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros dogmáticos. 2010-219.

²⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros dogmáticos. 2010-305.

axiológica (teleológica), na qual entrariam as argumentações sobre os direitos fundamentais enquanto princípios, enquanto valores. Porém, sempre vinculado as regras já existentes no ordenamento.

Elival da Silva Ramos propõe uma nova visão do positivismo jurídico. Discorre ele sobre “um positivismo renovado pelas conquistas da moderna Hermenêutica, situando a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano estritamente dogmático”²⁸² tendo na lei o limite da atividade criativa judicial.

No mesmo sentido de questionar a legitimidade do ativismo judicial e uma possível ofensa ao Estado Democrático de Direito, Lênio Luiz Streck, questionando seus próprios estudos anteriores, sustenta que o neoconstitucionalismo (e com ele o ativismo judicial) deveria deixar de existir, eis que na tentativa de consagrar direitos fundamentais possibilitou-se que os juízes impusessem suas opiniões pessoais sobre o direito e, assim, o decisionismo, a discricionariedade, foram os traços marcantes desse início de pós-modernidade.

Para Lênio Luiz Streck:

O discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar — acriticamente, por certo — em “valores”, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica. Aqui também é possível dizer que a palavra “valores” assumiu uma dimensão “performativa”, bastando que se a invoque para que as portas da “crítica” do direito se abram...! E o pior parece estar no jargão “princípios são valores”. Logo, por ele o jurista corrige o mundo “insignificante” das regras...! Claro que o faz de acordo com os “seus” valores... Princípio, *ergo sum!*²⁸³

Em matéria de interpretação e aplicação do direito o ativismo judicial, segundo Lênio Luiz Streck, deve ceder espaço ao legalismo jurídico, estando o intérprete limitado ao texto da norma, sem qualquer possibilidade criativa, eis que, essa criatividade se corrompe e vira arbitrariedade.

²⁸² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros dogmáticos. 2010-307.

²⁸³ STRECK, Lênio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

Porém, com o devido respeito as críticas acima apresentadas (e aos seus adeptos), o presente estudo irá tratar sobre uma diferente perspectiva de limites do ativismo judicial, já antes apresentada. O ativismo não necessita estar limitado ao texto base da norma, nem mesmo estar limitado pelas regras do ordenamento. O ativismo que se sustenta ser possível (ou seja, exercido com legitimidade e portanto consagrador e não ofensor da democracia) é a prática ativa de criação do direito frente ao caso concreto apenas em matéria de direitos fundamentais e, ainda, desde que o Poder Executivo e Legislativo tenham sido omissos, ou ao menos ineficazes, ineficientes, nas ações praticadas. Essa seria a esfera de legitimidade da atuação ativista.

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos -, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhe sua própria valoração política.²⁸⁴

Estes limites serviriam para legitimar a atividade democrática ativista, assim como demonstrariam o respeito “as capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua possibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais”.²⁸⁵

Importante deixar claro que não se deseja com o ativismo judicial premiar-se a liberdade, a discricionariedade, ou o subjetivismo livre das decisões. O que se espera é enfraquecer os excessos do legalismo puro e possibilitar ao julgador, sempre que for necessário, construir o direito no caso concreto, legitimando suas ações por estar envolto dos direitos fundamentais e direcionado a proteger a consagrar a dignidade da pessoa humana.

Logo, pode-se exemplificar como postura ativista uma decisão judicial que

²⁸⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁸⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 Mar. 2013.

proíbe que os empregados portadores do vírus HIV tenham seus contratos rompidos sem justa causa (muito embora este seja um direito potestativo do empregador fixado numa regra do ordenamento jurídico). Muito embora a regra não exija o justo motivo para o rompimento contratual por desinteresse de sua continuidade pelo empregador, nos casos de empregados portadores do vírus HIV, mesmo inexistindo regra a este respeito (que proíba a rescisão do contrato sem justa causa, e pelo contrário existindo lei que preveja este direito), os tribunais trabalhistas têm decidido que sua despedida prescinde a comprovação pelo empregador de um justo motivo, sob pena de tornar arbitrária a rescisão e determinar a reintegração do empregado. Nesse caso, a prática ativista fez com que o juiz, para resguardar a dignidade do ser humano (valor maior posto em debate), criasse o direito no caso concreto no qual o Legislativo nada havia dito, mas que havia a necessidade de uma resposta estatal, eis que envolvia direito fundamental.

Tem-se ainda uma salutar prática ativista, consagrada da democracia constitucional, quando um cidadão necessita de medicamentos e/ou tratamento médico e o Estado (em uma ou muitas de suas esferas da Administração) deixa de atender a essa necessidade por falta de previsão / dotação orçamentária, ou falta de uma política pública nesse sentido. Nesta hipótese pode e deve o julgador impor ao Estado a realização do tratamento / fornecimento do medicamento ou, caso este não possa, que custeie o tratamento / medicamento obtido na esfera privada, pois, ainda que não haja uma previsão administrativa para tal ou regra que assegure este direito, o bem maior envolvido é a dignidade do ser humano e os direitos fundamentais dela decorrentes, os quais, como princípios e, portanto, valores, se sobrepõem sobre as regras e devem ser respeitados / efetivados, se não pela via legislativa e executiva, ao menos pela via judicial.

Outro exemplo que pode ser apresentado como de uma postura ativista proveitosa, se dá quando um cidadão carente mora em zona urbana devidamente regulada e tributada pela Administração Pública, mas sua área de moradia não possui saneamento básico, por falta de previsão de política pública ou falta de orçamento. Nesta hipótese, na omissão do Poder Executivo, para fins de resguardar direitos fundamentais, deve sim o Estado juiz impor a Administração Pública a

adoção de medidas ambientais que protejam o meio em que mora o cidadão, dando a este uma qualidade de vida digna.

Além destes exemplos (hipotéticos) que aparecem comumente nos processos judiciais de primeira e segunda instância, o Supremo Tribunal Federal também possui exemplos de decisões de âmbito nacional em que a prática ativista foi necessária para a consagração do Estado Democrático de Direito operacionalizada pela proteção / efetivação dos direitos fundamentais.

Cita-se como primeiro exemplo a decisão que contrariando a regra legal reconhece a validade e os efeitos jurídicos daí decorrentes (previdenciários, sucessórios, etc.) da união homoafetiva (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.277).²⁸⁶

Segundo o texto do art. 1.723 da Lei 10.406 de 2002 (Código Civil),²⁸⁷ a união estável deveria ocorrer apenas entre homem e mulher, somente assim produzindo os efeitos jurídicos daí decorrentes. Qualquer outro tipo de relação entre os seres humanos que não entre um homem e uma mulher não seria capaz de produzir efeitos jurídicos como união estável. Esta era a escolha política feita pelo Legislador no momento da edição da norma, uma vez que este era o interesse da maioria.

Porém, em que pese este fosse o texto da regra criada pelo Legislativo, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a questão em tela aplicou sobre a regra uma vinculação substancial, inserindo-lhe os valores constitucionais dos direitos fundamentais, em especial os valores da liberdade e da igualdade e, assim lhe deu novos contornos e, protegendo os interesses das minorias, construiu o direito do no caso concreto, agindo de maneira ativista.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 4.277**. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 15/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁸⁷ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. *In*: BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

Em que pese o texto da regra diga que a união estável deva se dar entre home e mulher, não há como se negar a validade (e os efeitos jurídicos daí decorrentes) quando da ocorrência de uma união homoafetiva, tendo em vista o direito de liberdade e igualdade do ser humano em definir sua opção sexual, relacionamental, sem que isso importe numa consequência jurídica negativa, cerceadora de direito, discriminatória.

Assim, justo, ético, moral, foi reconhecer a validade do casamento homoafetivo (corrigindo de maneira ativista as regras existentes no ordenamento jurídico a partir dos princípios de direitos fundamentais), em nítida intenção de efetivar e proteger a dignidade do ser humano.

Segundo as razões do voto do Ministro Relator Ayres Brito, “o artigo 1.723 é plurissignificativo, comporta mais de uma interpretação. E, por comportar mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição”, haveria ele que adotar a postura que mais se aproximava da proteção dos direitos fundamentais.

Entendeu o julgador por correto (tendo em vista a democracia constitucional) proferir uma decisão que vinculasse a regra, corrigindo-a, de acordo com os valores constitucionais dos direitos fundamentais, em nítida prática ativista.

Como argumentos de justificação o Ministro disse que o artigo 3º, inciso IV²⁸⁸, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

Ponderando os valores postos em jogo, e aplicando sobre as regras os valores (decorrente dos direitos fundamentais, e não valores pessoais), sustentou o ministro que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, que respalda o princípio da

²⁸⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. *in*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014

igualdade.

Ademais, conforme sustentou o ministro, a Constituição Federal “age com intencional silêncio quanto ao sexo”, respeitando a privacidade e a preferência sexual das pessoas, ou seja, o direito fundamental a liberdade. “A Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. Assim, é um direito subjetivo da pessoa humana, se perfilha ao lado das clássicas liberdades individuais”. “A preferência sexual é um autêntico bem da humanidade”, afirmou ainda o ministro, deixando clara a sua posição ativista de proteção aos direitos fundamentais como valor maior da Sociedade Civil e, portanto, missão do Estado proteger / efetivar. Assim como o homossexual se realiza pela relação homossexual, o homoafetivo tem o direito de ser feliz relacionando-se com pessoa do mesmo sexo.

Outro exemplo de exercício benéfico ao Sistema Democrático do exercício do ativismo judicial se deu no Mandado de Injunção 788/DF,²⁸⁹ no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que na falta de regra legislativa não poderia o cidadão (no caso o servidor público) ter seu direito constitucional de aposentadoria especial por serviço em ambiente insalubre sonogado.

No caso citado, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais dela decorrentes exigiram do Poder Judiciário uma postura criativa do direito frente ao caso concreto, de modo que, no silêncio do Legislador em matéria que envolvia direito fundamental, teve o Poder Judiciário que exercer a função de protetor destes valores morais inseridos na Constituição. Para tanto o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no §4º do artigo 40 da Constituição Federal²⁹⁰, adotando como parâmetro o

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **MI nº 788**. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 07/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2583144>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁹⁰ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e

princípio da igualdade.

Salientou o Ministro Relator Marco Aurélio a necessidade que o Poder Judiciário tem de, em certos casos, ter de agir ativamente, construindo o direito no caso concreto. Por força do disposto no artigo 5º inciso LXXI e seu §1º, da Constituição Federal²⁹¹, é obrigação do julgador constitucional não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

Mais uma vez cumpre ressaltar que para a presente pesquisa se quer sustentar a possibilidade um ativismo judicial pautado em direitos fundamentais e não qualquer ativismo decisionista ou arbitrário, que transfere ao julgador todo o poder político do Estado, o que possibilitaria ao Poder Judiciário intervir em todos os assuntos do Estado e da Sociedade Civil. O que se fixa como limite (e, portanto, critério de legitimidade) é que havendo regras ou políticas públicas e estando elas de acordo com os valores fundamentais, não pode o Poder Judiciário modificá-las, pois, elas têm validade formal e substancial.

É o caso, por exemplo, da decisão proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.510²⁹² em que o Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu que a regra editada pelo legislador sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco estava em conformidade com os preceitos fundamentais fixados na Constituição e, portanto, era válida formal e materialmente, impedindo, desta forma, qualquer modificação por parte do Judiciário quanto a esta opção da maioria advinda do debate político.

Neste caso apresentado a título de exemplo o próprio Supremo Tribunal

inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 3.510**. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 27/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

Federal deixa claro que o exercício do ativismo judicial possui limites (que lhe outorgam legitimidade), consistentes na ausência de regra / política pública por parte do Executivo Legislativo ou, na presença dessas regras / políticas, que elas estejam descompassadas com os valores dos direitos fundamentais. Caso não haja omissão dos demais poderes e a regra criada / política implementada esteja em conformidade com os valores de direitos fundamentais, a prática ativista não pode ocorrer.

Assim é que na ação em comento, reconhecendo a correta vinculação substancial da regra criada pelo legislador (artigo 5º da Lei 11.105 de 2005 (Lei da Biossegurança)²⁹³) com os valores fundamentais postos em jogo (no caso a vida e a dignidade da pessoa humana), o Supremo Tribunal Federal entendeu válida a regra e não fez sobre ela qualquer modificação, respeitando a opção política do Legislativo.

Segundo o voto Ministro Carlos Britto, relator do processo em questão, o artigo impugnado teria um valor maior nele inserido, que seria a sua contribuição para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*, o que o deixa em compasso com os valores constitucionais de promoção da dignidade da vida humana. Esclareceu o julgador que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por

²⁹³ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. *In*: BRASIL. **Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.** Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, o que revela a preocupação e acerto do legislador em criar a regra de acordo com os valores do ordenamento.

Resta claro então que apenas em determinados casos o ativismo judicial pode e deve ocorrer. O Poder Judiciário não veio sufocar ou subtrair a atenção dos demais poderes, mas sim dividir com eles as funções do Estado, em especial as que envolvam matérias correlacionadas aos direitos fundamentais.

Outro exemplo que se pode trazer sobre os limites do ativismo judicial pode ser o da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.649²⁹⁴, na qual o Supremo Tribunal Federal reconhecendo que a regra criada pelo Legislador na lei 8.899/94²⁹⁵ que trata do passe livre estava em conformidade com os valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e, portanto, não merecia reparos. Ou seja, a atitude ativista se desenvolve somente no campo de violação dos direitos fundamentais. Não havendo violação, por omissão ou negligência, a vontade política do Poder Executivo e do Poder Legislativo, decorrentes de sua representatividade popular, deve prevalecer.

Neste caso o Supremo Tribunal Federal estava diante de uma regra legal sobre a qual se aplicavam mais de um valores constitucionais, a saber de um lado o direito a igualdade material do cidadão deficiente e de outro lado a livre iniciativa privada como corolário dos direitos de liberdade do empresário.

Pela lei o portador de necessidades especiais possui passe livre diante da utilização do transporte público feito por empresas privadas mediante concessão.

Para a Ministra Relatora, Cármen Lúcia, o artigo 170, *caput*, da

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 2.649**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 16/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332>>. Acesso em: 28 mar.2014.

²⁹⁵ BRASIL. **Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual**. Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

Constituição Federal²⁹⁶, dispõe ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa para o fim de assegurar a todos a existência digna. Reconhecendo o acerto do Legislador e do Executivo (e assim fixando os limites de ação legítima do Poder Judiciário) a ministra ponderou os valores postos em jogo e verificou que a vontade política expressa por aqueles poderes, por estar vinculada materialmente a Constituição, merecia ser respeitada. “A busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais determina a adoção de políticas públicas a fim de que se amenizem os efeitos das carências de seus portadores”²⁹⁷, ressaltou a ministra ao justificar a manutenção do passe livre.

“Foi com vista aos direitos fundamentais dessas pessoas que o legislador brasileiro elaborou a Lei 8.899/94”²⁹⁸, ou seja, o Legislativo e o Executivo ao exercer suas funções a fizeram com uma vinculação substancial, o que impede a interferência do Poder Judiciário, sendo este o elemento de determinação dos limites do ativismo judicial e, portanto, da sua legitimidade.

Não só pelas decisões acima (que foram apresentadas a título de exemplo, sem a intenção de esgotar a apreciação do Supremo Tribunal Federal em matéria de ativismo judicial), mas em outras oportunidade também²⁹⁹ o Supremo

²⁹⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...). *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 2.649**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 16/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332>>. Acesso em: 28 mar.2014.

²⁹⁸ BRASIL. **Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual**. Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁹⁹ Luiz Roberto Barroso apresenta os seguintes exemplos em que o Supremo Tribunal Federal se deparou com a apreciação e necessidade de julgamento (com interferência ou não) sobre questões de caráter político (de aspecto social e moral). Em algumas o Supremo Tribunal Federal adotou posição ativista (porque precisava corrigir a falha, por negligência ou omissão, do Legislativo e do Executivo), em outras se curvou a opção política adotada pelos demais poderes (eis que elas possuem validade formal e material): “(i) instituição de contribuição de inativos da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 32367); (iii) pesquisas com células-tronca embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação de reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula

Tribunal Federal tem admitido (e limitado) a prática do ativismo judicial como uma postura necessária frente a democracia constitucional, a qual exige do Estado (portanto, de todos os seus poderes indistintamente, a proteção / efetivação dos direitos fundamentais).

Assim, quando (e somente se) o Poder Executivo e o Poder Legislativo forem inertes, não criando regras e políticas públicas para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, ou, ainda que as tenham criado e eles sejam inócuas, ineficazes, o Poder Judiciário deve agir de maneira ativista, criando o direito no caso concreto como forma de proteger a dignidade da pessoa humana e consagrar os valores da democracia constitucional.

É possível perceber então que o ativismo judicial sofre limites (de legitimidade) na própria democracia constitucional, pois, quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo criam políticas e regras com validade material, vinculadas aos interesses da maioria que respeitem os direitos fundamentais da minoria, o Poder Judiciário não pode interferir nessa opção política adotada, sob pena de afetar o próprio Estado Democrático de Direito.

Ao votar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9/DF³⁰⁰ o Ministro Celso de Mello deixa clara a possibilidade do ativismo judicial em casos de omissões ou imperfeições do Poder Executivo e do Poder Legislativo em matérias de direitos fundamentais, fixando, portanto os limites e legitimidade do ativismo judicial, os quais são adotados nestes pesquisa. Disse textualmente o ministro em seu voto que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular,

n. 13); (x) não recepção da lei de Imprensa (ADPF 130/DF). (...) a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP)". BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF nº 45-9**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 28 mar.2014.

receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.³⁰¹

O próprio Ministro Celso de Mello em outra oportunidade, agora no discurso³⁰² de solenidade da posse do Ministro Gilmar Mendes, confirma a sua visão de um exercício ativista por parte do Poder Judiciário quando os demais Poderes restarem omissos ou ineficientes, ineficazes, na função de promover (proteger e implementar) os direitos fundamentais (nas suas múltiplas dimensões).

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também despreza a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF nº 45-9**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 28 mar.2014.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Posse do Ministro Gilmar Mendes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014.

impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O ativismo judicial “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”³⁰³. Portanto, somente em casos de ausência ou inadequação (falta de eficácia e efetividade) da regra produzida pelo legislador ou da política pública do administrador é que pode o juiz agir interpretando e criando o direito no caso concreto, pode atuar de maneira ativista. Nas demais situações, que o Legislador e o Executivo agem dentro do seu campo de discricionariedade política respeitando os direitos fundamentais, ou em assuntos que não envolvam direitos fundamentais, não pode haver a interferência judicial.

Do que até então foi visto é possível perceber que vivenciou-se na história humana a ascensão e descenso do *jusnaturalismo*, assim como do *juspositivismo*. Estes modelos mostraram-se com muitas vantagens em seus tempos, mas também se revelaram possuidores de fraquezas, as quais tornaram insuportáveis as suas manutenções.

Assim é que nos tempos atuais se pode falar em uma releitura do positivismo jurídico a partir do *jusnaturalismo*. Ou seja, vendo-se na Constituição não mais apenas o centro de validade formal da norma, mas também o arcabouço axiológico do ordenamento busca-se reaproximar o Direito do valor Justiça, ou seja, derramar sobre as regras um aspecto valorativo, moral, decorrente dos princípios de direitos fundamentais. Isso é possível graças a subjetividade (justiciabilidade) dos direitos fundamentais, da possibilidade de se levar seu embate político jurídico para o cenário judicial (judicialização da política) e nesse, atribuir-se ao juiz a possibilidade, a capacidade legítima de definir qual o real alcance dos valores fundamentais sobre a regra e dessa sobre o caso concreto. É essa postura construtiva, consagradora dos direitos fundamentais, que emerge do neoconstitucionalismo.

³⁰³ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

A superação histórica do *jusnaturalismo* e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.³⁰⁴

Conforme Daniel Sarmiento³⁰⁵ o neoconstitucionalismo, que tem por marco filosófico teórico o pós-positivismo, tem no juiz o grande ator, responsável por interpretar e proteger (consagrar) os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Certo é (e isso no modelo ativista proposto nesta pesquisa se respeita) que os valores da sociedade são inicialmente abstraídos pelo Legislador, assim como os rumos da Administração pública devem ser fixados pelo Poder Executivo. Porém, na omissão desses, ou na sua ineficácia (negligente ou proposital) compete ao Poder Judiciário, definir os reais valores postos em jogo e promover a sua proteção (efetivação) em atenção a dignidade da pessoa humana.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.³⁰⁶

Mais uma vez se afirma que o ativismo ora proposto não defende uma usurpação completa do debate político das esferas legislativa e executiva para a esfera judicial. O que ele busca é inserir valores nas regras legais existentes e, se necessário, fazer-lhe as devidas correções, os devidos ajustes de dimensão, para que no caso concreto os direitos fundamentais sejam efetivados / protegidos.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2010. p. 351-352.

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. 2011. p. 87.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.³⁰⁷

Segundo Luiz Roberto Barroso o ativismo judicial não pode ser visto como uma afronta a Separação dos Poderes e, assim, uma ameaça a democracia. Pelo contrário ele é o meio pelo qual contemporaneamente se pode alcançar a concretização da democracia constitucional. O ativismo parte da idéia de que ao Legislativo e ao Executivo compete debate público. Entretanto, na insuficiência ou ausência desses, ao Judiciário cabe adotar a postura de ativista e protetora, criativa, em relação aos princípios de direitos fundamentais.

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.³⁰⁸

O que o ativismo judicial pesquisado objetiva não é fazer com que os interesses políticos sejam todos debatidos na órbita judicial. Ele parte do respeito ao Estado Democrático de Direito que tem por base um ordenamento jurídico estabelecido pela vontade popular mediante processo de representação política. A democracia alicerça-se na idéia das regras do jogo. Todavia, na ausência destas regras ou na sua presença com imperfeições, compete ao julgador fazer as devidas correções e estabelecer seus adequados contornos para que no caso concreto seja possível a consagração da dignidade do ser humano.

O papel ativista do julgador como intérprete e aplicador da Constituição repousa em implementar e proteger os interesses da minoria frente ao desejo

³⁰⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

³⁰⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

político da maioria, ou corrigir omissões legislativas e executivas que prejudicam a própria maioria e a minoria.

(...) a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.³⁰⁹

É a interpretação das regras (ou a criação destas em casos de omissão e imperfeição) a partir dos direitos fundamentais que delimita e fixa os contornos da norma no caso concreto, cabendo ao juiz ativista essa posição de intérprete, aplicar, criador, definidor dos alcances normativos. Enquanto normas princípios, direitos a *prima facie* os direitos fundamentais por si só não são capazes de erradicar-se efetivamente sobre todo o ordenamento. Logo, ao intérprete julgador é a quem compete no caso concreto sopesá-los e aplicá-los, legitimando sua produção jurídica não pelo viés político eleitoral, sim pelo argumentativo e protetivo do Sistema Democrático que se desenvolve pela proteção aos direitos fundamentais.

Num Sistema Democrático não há espaço apenas para atores políticos. Todos os integrantes das esferas de poder têm sua relevância e importância para a consagração da dignidade da pessoa humana. Os integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, com sua legitimidade política, detêm importância inicial na criação de regras e de políticas públicas. Porém, igual importância detêm os membros do Poder Judiciário que, de maneira ativista, não podem se quedar inertes e silentes frente às omissões, excessos e descasos daqueles, devendo sempre tomar uma postura construtiva, pró-ativa, na proteção dos valores sociais expressos na forma de direitos fundamentais.

³⁰⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

Assim, o ativismo judicial parece ser uma consequência natural do neoconstitucionalismo, dos tempos pós-modernos, praticamente um elemento necessário para a real compreensão da democracia constitucional. Sem uma posição ativista, consagradora, produtiva, parece imperfeito compreender-se o Estado contemporâneo como destinado a proteger e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. Acredita-se que é da soma da judicialização dos direitos fundamentais ao exercício ativista do poder por parte do Judiciário que se pode concretizar uma proteção integral em relação a dignidade da pessoa humana, escopo maior para o qual o Estado fora criado e fim maior do Estado contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por escopo investigar a possibilidade do ativismo judicial se desenvolver de maneira legítima frente ao modelo adotado contemporaneamente pelo Estado, a saber, de ser Constitucional, de ser Democrático de Direito.

Como resposta a esta problemática se traçou três hipóteses as quais, acredita-se terem sido confirmadas ao longo da exposição da pesquisa pela via dissertativa.

No Capítulo 1 buscou-se discorrer sobre o surgimento do Estado a fim de apresentar seus diferentes modelos ao longo da história humana, com a resultante de expor qual seria seu modelo atual. Para este Estado contemporâneo, por força do movimento neoconstitucionalista que o permeia, acredita-se ter sido possível perceber ser ele um Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição o centro de validade formal e material de todo o “Sistema Democrático”. O núcleo inviolável da Constituição, formado através dos direitos fundamentais, é a fonte de legitimação do Ordenamento Jurídico e também do exercício dos poderes por parte do Estado. Espera-se ter sido possível compreender que na contemporaneidade, vive-se um período pós-moderno, superador do legalismo jurídico de tempos outrora, reaproximador do Direito aos valores morais, que tem na Constituição o mais importante instrumento de proteção e concretização de uma vida digna ao ser humano. O papel do Estado contemporâneo é de proteger e efetivar os Direitos fundamentais, o que vincula as ações de todos os seus poderes a serem exercitadas com esse referente valorativo.

Desejando-se dar maior profundidade a compreensão do papel do Estado contemporâneo, em especial para formar uma base de conteúdo para uma investigação mais precisa sobre o papel do Poder Judiciário neste modelo de Estado, é que o Capítulo 2 dedicou-se a trazer informações importantes (assim espera-se que o tenham sido) para a compreensão dos direitos fundamentais (em

suas visão integral e nas suas múltiplas dimensões) e da sua importância no cenário atual fixado no capítulo antecedente. Para este fim apresentou-se a conceituação dos direitos fundamentais como proposições morais justificadas previstas em uma Constituição e, portanto, dotadas de eficácia e efetividade, que servem como normas princípios. Como tal, tratam-se de mandamentos de otimização que direcionam (e corrigem) a interpretação e aplicação da norma frente a cada caso concreto com a preocupação de dar a máxima proteção e efetividade possível (fática e juridicamente) aos valores morais fundamentais postos em debate. Sua função é de irradiar valores sobre o Sistema Democrático e, assim, servir de fator de legitimação das ações do Estado. Por conta da sua característica da bifrontalidade eles criam vínculos objetivos e subjetivos. Enquanto direitos subjetivos outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, inclusive o Poder Judiciário. Na sua dimensão objetiva os direitos fundamentais a base de validade formal e material do ordenamento jurídico.

Por fim, no Capítulo 3, amparado na compreensão do Estado contemporâneo e da importância e vinculações que os direitos fundamentais representam para este modelo de Estado exigido pela Sociedade Civil pós-moderna, discorreu-se qual seria então a compreensão (ou ao menos uma das compreensões possíveis) sobre a democracia, encontrando-se a noção de que a democracia hoje é constitucional. Enquanto democracia constitucional, ela define as regras a serem seguidas pelo Estado e pela Sociedade Civil frente aos interesses da maioria. Porém, por força da vinculação substancial trazida pelos direitos fundamentais, a democracia constitucional cria uma esfera do decível, isto é, daquelas situações políticas em que o interesse da maioria define os rumos a serem tomados e, também, uma esfera do indecível, que cria vinculações de ação e omissão desta maioria. Logo, a democracia constitucional seria o resultado dessas regras do jogo de escolha da maioria, somadas as obrigações de ações e omissões em atenção aos direitos fundamentais ligados a dignidade da pessoa humana das minorias.

Neste cenário criado, partiu-se então para investigar qual seria o reflexo que esse panorama pós-moderno, impulsionado pelo neoconstitucionalismo, viria a impor sobre o Poder Judiciário.

Considerando a justiciabilidade dos direitos fundamentais (decorrente do seu aspecto subjetivo ante a sua bifrontalidade), verificou-se que na pós-modernidade, em especial no período pós-segunda guerra mundial, houve uma ampliação da busca pelo Poder Judiciário para a proteção e implementação dos direitos fundamentais, o que conduziu a um processo de Judicialização da Política. O Poder Judiciário, em decorrência da substantivação e subjetividade dos direitos fundamentais, passou a ter um papel mais ativo na proteção dos valores ligados a dignidade da pessoa humana. Essa atividade judicial, em muitos casos pode se revelar uma criatividade, ou seja, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais pode levar o juiz a ter de exercer uma atuação expandida sobre as questões políticas que originariamente pertencem ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

A esta atuação ampliada do Poder Judiciário sobre a esfera política de atuação dos demais poderes como forma de proteção e implementação dos direitos fundamentais, a doutrina (com posicionamentos opostos) vem atribuindo o epíteto de ativismo judicial.

O ativismo judicial sob esta nomenclatura é fato novo, pertencente a pós modernidade, nascido como resultado da justiciabilidade dos direitos fundamentais e da materialidade desses mesmos direitos. É fruto do processo neoconstitucional, resultado do novo olhar que a Sociedade Civil e o Estado passam a dar aos direitos fundamentais, inserindo eles como centro de validade formal e material do ordenamento, criando limitações e obrigações ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário.

Seu estudo ainda não é pacífico, até mesmo porque ele nasceu com uma conotação negativa (e não poderia ser diferente, haja vista os ranços da modernidade e do legalismo jurídico que ainda existiam, vendo no juiz um mero aplicador da lei), diferente da visão construtiva e positiva que ele hoje possui. Sua primeira imagem foi de ser uma ação invasiva e, assim, antidemocrática, dos juízes sobre questões políticas que deveriam ser decididas pela maioria através dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, com o evoluir do pensamento, ainda que não haja um consenso sobre sua concepção e, haja uma multidisciplinariedade de

visões sobre ele (o que impede, ou ao menos retarda a homogeneização de entendimento), o ativismo judicial pode ser tido (o que é confirmado por uma boa parcela da doutrina, a qual este estudo se filia e também é a corrente adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal) como o exercício, ativo, criativo e expansivo do juiz que decide sobre questões políticas que envolvam direitos fundamentais.

O ativismo judicial é uma postura que o Poder Judiciário deve adotar frente ao Estado contemporâneo, no qual as realidades comprovam que nem o Poder Legislativo e nem o Poder Executivo estão conseguindo ser eficientes para responder a todos os desejos da sociedade, em especial em questões que envolvem valores ligados a vida digna do ser humano.

Portanto, considerando que o Estado é uno e seus poderes são tripartidos para a sua melhor execução (e não para uma divisão estanque de competências) e, ainda, que a democracia exige do Estado como um todo (e não de cada poder de maneira isolada) uma ação no sentido de proteger e implementar os direitos fundamentais, é que o Poder Judiciário passa a ter maior relevo em sua atuação, a qual espera-se, seja ativa e criativa e se necessário for que seja também expansiva.

Não se buscou defender o exercício discricionário ou arbitrário do poder pelo Judiciário. Não se quer tornar o Poder Judiciário o centro de todo o poder do Estado, como se ele pudesse intervir sobre todas as questões políticas da Sociedade Civi.

O exercício do ativismo judicial como uma postura natural do Estado contemporâneo possui limites que asseguram a sua legitimidade.

As questões políticas devem ser objeto de discussão pela maioria, através da representatividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Porém, a democracia constitucional impõe a estes poderes não apenas o respeito ao interesse da maioria, mas também criam obrigações e omissões em proveito desta minoria, ou seja, vinculam materialmente todas as ações do Estado aos princípios de direitos fundamentais.

Desta forma, compete sim originariamente ao Poder Executivo e Poder Legislativo criar políticas públicas e regras que ditem os caminhos a serem seguidos pela Sociedade Civil de acordo com a maioria dos homens que a compõem. Entretanto, não é menos certo que estes poderes também estão obrigados a nestas regras e ações administrativas que representam o interesse da maioria deixar protegidos os interesses intocáveis (pois ligados à dignidade do ser) da minoria. É também obrigação do Poder Executivo e do Poder Legislativo editar regras para assegurar os interesses das minorias.

O ativismo ora defendido, e é como ele sendo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, respeita as regras do jogo de acordo com interesses da maioria. A postura ativista na sua acepção criativa e expansiva vai se dar apenas quando estas esferas originárias de competência para questões políticas forem omissas ou ineficientes. A função do Poder Judiciário é de promover uma correção material na regra posta ou suprir materialmente a ausência desta regra (ou até mesmo política pública). Ai reside a necessidade e a legitimidade do ativismo judicial.

Sempre que as regras editadas pelo Poder Legislativo estiverem em consonância com os interesses da maioria e estiverem respeitando (por ação ou omissão) os interesses das minorias, o Poder Judiciário não pode intervir. Sempre que as políticas públicas executadas pelo Poder Executivo estiverem em consonância com os interesses da maioria e estiverem respeitando (por ação ou omissão) os interesses das minorias, o Poder Judiciário não pode intervir.

Todavia, em casos de omissão legislativa e executiva, ou de imperfeição (formal e material) das regras editadas e das políticas adotadas, espera-se uma atuação expansiva, ativa e criativa do juiz, que exercendo verdadeira prática de ativismo judicial, venha a dar efetividade (com prestação ou proteção) ao direito fundamental que estava desamparado frente a determinado caso concreto.

A legitimidade do exercício do ativismo judicial entendido como a atuação do juiz sobre a esfera política dos demais poderes para fins de proteger direitos fundamentais decorre desta falha existente nas competências do Executivo e do

Legislativo.

Se um ou mais dos poderes do Estado é falho em matéria que envolve direitos fundamentais, os demais poderes devem agir. Essa obrigação de atuação como reflexo da substantivação da constituição, impõe essa postura ao Poder Judiciário que necessariamente deve ser ativista, protetivo, criador dos direitos frente ao caso concreto corrigindo falhas e omissões dos outros poderes.

A democracia constitucional não afasta a Separação dos Poderes e a esse valor o ativismo judicial está atento. Ocorre que, mesmo respeitando o valor da Separação dos Poderes a democracia constitucional cria vínculo de ações e omissões ao Estado, de modo que se o poder Executivo e o Poder Legislativo falharem na proteção dos direitos fundamentais, o Estado, pela via do Poder Judiciário deve assegurá-los.

O bem de maior proteção para o Estado contemporâneo é a dignidade do ser humano. Essa dignidade cria valores que são absorvidos pelo Sistema Democrático como princípios, impondo uma vinculação formal e material sobre todo o Ordenamento Jurídico. Dessa vinculação material é que decorre a necessidade de em tempos pós-modernos o Poder Judiciário vir a ser ativista, agindo, quando necessário e dentro dos critérios de legitimidade, na proteção e implementação dos direitos fundamentais.

Em que pese o ativismo judicial sofra variadas críticas de nomenclatura e compreensão, a sua essência, enquanto ação expandida do estado juiz sobre questões políticas que deveriam ter sido objeto de atuação do legislador e do administrador, mas não foram (ou o foram com falhas materiais), ele revela uma postura que, acredita-se e tentou-se justificar com essa pesquisa (pelo que se confirma as hipóteses levantadas), deve ser obrigatoriamente adotada pelo Poder Judiciário, pois, promotora da democracia constitucional e, assim, consagradora da dignidade do ser humano como valor maior da Sociedade Civil e do Estado nos dias atuais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. O processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

AVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de Barcelos. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – **Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo, São Paulo : Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2008. p. 209.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. atual. Rio de

Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. n. 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, jul-dez, p. 175.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

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

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

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo : Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri : Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 15. ed. São Paulo : Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo : Paz e Terra, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAATZ, Tatiani Heckert. **É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza**. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 11, nº 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Habitus, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. **Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição**. 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. **Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual**. Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. **Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências**. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 2.649**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 16/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332>>. Acesso em: 28 mar.2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 27/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 4.277**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 15/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **MI nº 788**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 07/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2583144>>. Acesso em: 28 mar. 2014

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais: *In*: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional**. São Paulo : Damásio de Jesus, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais**

constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

DEL NEGRI, André. **Controle e constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. *In:* DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade.** Florianópolis: Conceito, 2009.

DO VALLE, Juliano Keller, MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade:** Estado Direito e Constituição. São Paulo : Conceito Editorial 2008

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão:** Teorias Críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão:** Teorias Críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção de Meio Ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez, *et al.* Madrid: Trotta, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de *In:* (org.) MOREIRA, Eduardo Ribeir; GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro e BETTINI, Lucia Helena Polleti. **Hermenêutica Constitucional:** homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2010.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos.** *In:* TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais:** análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo : M. Claret, 2006.

LUCAS VERDÚ, PABLO; A LUTA PELO ESTADO DE DIREITO Pablo Lucas Verdú; tradução e prefácio: Agassiz Almeida Filho. **A luta pelo estado de direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de DIAS, *in* (org.) DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV**: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JUNIOR, Jerson; BETINI, Lucia helena Poletti (orgs.). **Hermenêutica Constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de

estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismo e anti-humanismo**: introdução a antropologia filosófica. 12. ed. rev. e amp. Petrópolis : Vozes, 1990.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 2002.

PAINE, Thomas *apud* NORBERTO BOBBIO, **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2011.

PASOLD, Cesar. **Concepção para o Estado Contemporâneo**: Síntese De Uma Proposta. Disponível em: <<http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.doc>>. Acesso em: 26 dez 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Primeiros Ensaios de Teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid [Espanha]: Boletín Oficial del Estado, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Pulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito – situação atual**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre, RS: Liv. do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. *In*: Sarlet Ingo Wolfgang (org.) **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: anuário 2004/2005. Escola superior da magistratura do Rio Grande do Sul (ajuris), 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Jurisdição constitucional**: função da República. Linhagens de uma teoria da interpretação evolutiva dos direitos fundamentais. Florianópolis, SC, 2011. 170 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. **Revista Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas**, Medellín – Colombia. v. 43, n. 119, p. 567-624. Anero/Junio. 2013, p. 573.

STRECK, Lênio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre, RS: Liv. do Advogado, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo:

Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III? Os Direitos humanos e a Tributação? Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. *In*: MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil***. Título original: *Il diritto mite: legge diritti gistizia*. Trad Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.