



# ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA AOS PAÍSES DA MODERNIDADE TARDIA

---

*Mário Sérgio Falcão Maia<sup>1</sup>*  
*Rodrigo de Almeida Leite<sup>2</sup>*

## RESUMO

Parte-se da constatação da necessidade de elaboração de um paradigma teórico constitucional adequado à realidade constitucional dos países de modernidade tardia como o Brasil. O trabalho tenta contribuir para a formulação desse novo modelo teórico-filosófico, partindo de reflexões de um ambiente pós-positivista. Trata-se, em verdade, da tentativa de listar e analisar alguns elementos necessários para a formação do paradigma adequado. É, portanto, um trabalho essencialmente bibliográfico, construído a partir da reflexão crítica do plano de modernidade iluminista e da consideração da realidade social, marcada pela desigualdade dos países da periferia mundial. Assim, busca-se no chamado constitucionalismo contemporâneo, na sua vertente pós-positivista (neoconstitucionalismo), as bases teóricas capazes de alicerçar esse paradigma adequado.

## Palavras-Chave

Neoconstitucionalismo. Países de Modernidade Tardia. Paradigma Teórico Constitucional.

## ABSTRACT

This work begins with the verification of the need to elaborate a theoretical and constitutional model adequate to the constitutional reality of countries of late development like Brazil. It tries to contribute to the formulations of this new theoretical-philosophical model, beginning with reflections from a post-positivist environment. It is actually an effort to describe and analyze some of the elements necessary to the construction of the adequate model. Therefore, it is an essentially bibliographical work built from the critical reflection of the illuminist plan of modernity and the consideration of the social reality, marked by the inequality in marginal countries. So, we seek in the contemporary constitutionalism in its post-positivist version (neo-constitutionalism), the theoretical basis for the construction of this adequate model.

## Key-Words

Neo-constitutionalism. Countries of late development. Theoretical and Constitutional Model.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela UFPB. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Mater Christi. Advogado. E-mail: mmaia22@yahoo.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutorando em Derecho y Políticas de La Unión Europea pela Universidade de Salamanca. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA. E-mail: roalmleite@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria do direito moderno, e mais especificamente no espaço da Teoria Constitucional, falou-se bastante na possibilidade de elaboração de paradigmas gerais e abstratos.

De fato, o próprio direito moderno, de bases jusnaturalistas e iluministas, tentou traduzir essa idéia na positivação de direitos fundamentais com pretensões universais, a exemplo da famosa declaração francesa. Tem início, então, a chamada era dos direitos, o constitucionalismo liberal clássico.

Diga-se, ainda, que durante todo o século XIX, o direito se afasta do paradigma jusnaturalista, formulado pela escola de direito natural, ao ponto de se verificar – na primeira metade do século passado – uma quase simbiose entre os elementos liberal e positivista. De outro modo: a teoria do direito (e da Constituição) durante mais de um século trilha um caminho que levará ao positivismo jurídico forte. Caminho entrecortado, é verdade, que vai da escola da exegese ao normativismo kelseniano.

Já se verifica, há algum tempo, que não existe esse ser humano em abstrato, assim como também não existe uma sociedade em abstrato, nem, muito menos, um Estado em abstrato. Foi “descoberta” a História<sup>3</sup>.

Assim, se se concentra no âmbito da chamada teoria constitucional, nesse contexto, parece mais adequado se falar em teorias e não em teoria. Se, por exemplo, parte-se da constatação evidente da falta de efetividade dos textos constitucionais de países periféricos como o Brasil, deve-se concluir pela necessidade de uma teoria adequada a esse contexto social.

A saber, trata-se da formulação de paradigmas teóricos capazes de equacionar as complexas questões sociais enfrentadas por países (e regiões) assolados pela desigualdade social e carentes de uma democracia material. Ou, para usar expressão já conhecida da doutrina, trata-se de pensar a teoria a partir da realidade de países que não cumpriram as “promessas de modernidade” positivadas nos pactos sociais fundantes da modernidade.

Outro fato que torna evidente essa necessidade de reformulação teórica é a constatação da “importação” acrítica dos aportes teóricos estrangeiros, formulados à luz de realidades diferentes. Quando se trata de direito constitucional, não há como negar a influência da doutrina alemã, por exemplo.

Portanto, deve-se refletir sobre quais são os elementos (ou alguns dos) capazes de orientar esse referencial teórico adequado. Trata-se buscar, portanto, os elementos capazes de embasar uma Teoria Constitucional adequada à nossa realidade constitucional, ou, para usar a expressão de Lenio Streck<sup>4</sup>, trata-se da elaboração de

<sup>3</sup> STRAUSS, Leo. *Derecho natural e historia*. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

<sup>4</sup> Para uma introdução recente a essa teoria ver: STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão.

uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia.

Este estudo se propõe a listar e analisar alguns desses elementos, elaborados a partir de ambiente filosófico e intelectual ainda novo: pós-positivismo. Tenta, assim, ser uma contribuição na elaboração desse paradigma (TCDAPMT – Teoria da Constituição Dirigente Aplicada aos Países de Modernidade Tardia) a ser construído, principalmente, a partir da análise crítica da modernidade jurídica liberal e do positivismo ainda bastante vivo nas práticas cotidianas do direito.

Assim, o plano de trabalho inclui necessariamente a reflexão em torno dos pilares liberais e positivistas<sup>5</sup>, sobre os quais se tentou construir uma Teoria Constitucional moderna. Devem-se listar, então, os seguintes temas: pós-positivismo; abstração; individualismo; racionalidade e, para a construção desse modelo adequado, o papel e legitimidade da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade.

## 2. EM BUSCA DE UM NOVO REFERENCIAL TEÓRICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PÓS-POSITIVISTA

Pode-se apontar, com Barroso<sup>6</sup>, o pós-positivismo como sendo o marco filosófico a fundar a construção do paradigma teórico constitucional contemporâneo.

Sob o rótulo de pós-positivismo está o movimento crítico (e heterogêneo) que vai questionar e tentar ultrapassar a dogmática jurídica tradicional, buscando ser uma espécie de alternativa às maneiras tradicionais de se entender o direito: jusnaturalista e juspositivista. Tenta-se ultrapassar o modelo legalista umbilicalmente ligado ao positivismo sem desprezar o direito posto, num desenvolvimento que se irradia principalmente a partir da Constituição.

Note-se desde já que não se está a afirmar a mera derivação desta nova corrente de pensamento do positivismo, o que está em jogo é uma verdadeira “superação” do positivismo<sup>7</sup>.

Nas palavras de Lacombe, o pós-positivismo pode ser entendido como “o pensamento jusfilosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas”<sup>8</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que os desenvolvimentos teóricos que chamamos

---

SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>5</sup> É verdade que não se pode confundir as idéias liberais com o positivismo jurídico, porém tampouco se pode negar a simbiose existente entre essas duas idéias até meados do século passado.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 336.

<sup>8</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141.

de pós-positivismo são, na verdade, uma resposta crítica ao positivismo em seus dois aspectos sucessivos<sup>9</sup>: primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito e, depois, também da escola sociológica.

Apesar de sua base heterogênea e em construção, o pós-positivismo pode ser caracterizado<sup>10</sup> pelo (1) entendimento do direito como sendo um todo composto de regras e princípios, sendo que estes últimos são os responsáveis pelo “arejamento” da pirâmide normativa; (2) pela formação de uma nova hermenêutica, agora com laços estreitos com as teorias da argumentação<sup>11</sup>; (3) pela busca de uma razão “possível” que corresponde ao resgate da razão prática e (4) pelo desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais lastreada na idéia da dignidade da pessoa humana.

É a partir desse ambiente teórico-filosófico que se ergue o chamado neoconstitucionalismo. Esse “novo” constitucionalismo tem sido tema de debates doutrinários nacionais e internacionais, sendo apontados como autores representativos dessa corrente, dentre outros, Zagrebosky, Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Barroso e Streck.

Apesar da discussão doutrinária e da falta de consenso no que se refere a uma conceituação exata, pode-se dizer que sob o rótulo de neoconstitucionalismo estão agrupados os desenvolvimentos teórico-filosóficos<sup>12</sup> nascidos a partir e para o Estado Democrático de Direito desenhado pelas Constituições materiais do segundo pós-guerra.

Portanto o que se tem chamado de neoconstitucionalismo, na verdade são os desenvolvimentos no âmbito teórico-filosófico que surgem com a intenção de concretizar as cláusulas do novo contrato material contemporâneo, a partir de um ambiente de crítica ao positivismo (pós-positivismo).

Então, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo se caracteriza pelo reconhecimento da materialidade das Constituições e pelo esforço de concretização (garantia) das cláusulas do novo contrato social que define os contornos do Estado Democrático de Direito.

Resta, então, afirmar que se se reflete sobre uma Teoria Constitucional adequada a países de modernidade tardia, não se pode ficar alheio às reflexões e desenvolvimentos ocorridos no eixo gravitacional do Estado Democrático de Direito, ou seja, essa Teoria Adequada deve ser formulada a partir e para a realização material das promessas de modernidade plasmadas nos textos Constitucionais modernos das sociedades periféricas, assim, deve-se atentar para a realização das promessas liberais, sociais e democráticas,

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91

<sup>10</sup> Para uma sistematização nesse sentido, ver Barroso, 2009, 249.

<sup>11</sup> Nesse sentido, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BARROSO, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>12</sup> Para uma ausência de rigidez na fronteira entre a teoria e filosofia jurídica ver: RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*, João Pessoa, v. 2, n. 1, 1998, p. 77-94.

entendendo-as como um todo indivisível e interdependente.

Em síntese, a Teoria Adequada aqui tratada tem como base teórica o neoconstitucionalismo. Trata-se, justamente, de se refletir sobre esse paradigma na tentativa de se construir um referencial capaz de traduzir essas idéias para a realidade constitucional dos países periféricos.

### 3. FRAGMENTOS DE UMA TEORIA EM CONSTRUÇÃO

Como dito, essa Teoria Constitucional Adequada vai se fundamentar na superação das insuficiências teóricas liberais e positivistas que representaram por mais de um século o plano iluminado de modernidade.

Em termos mais concretos, em nome de uma adequada delimitação do campo de trabalho, deve-se dizer que a análise dos fragmentos teóricos proposta nesse estudo se limita a busca de elementos relativos aos pontos 3 e 4 listados acima quando se caracterizou o pós-positivismo, além deles, diga-se, ainda, que é extremamente necessária a reflexão sobre o papel, a legitimidade e os limites da atuação do judiciário na realização das promessas constitucionalizadas nos países periféricos.

Esclarecendo: o desenvolvimento dos fragmentos teóricos aqui pretendido para a maturação de uma teoria constitucional adequada aos países de modernidade tardia, serão desenvolvidos a partir da idéia de ressaltar-se a importância da dimensão social/coletiva dos direitos fundamentais (item 4) na busca de uma “razão possível” na construção e, principalmente, concretização da TCDAPMT (item 3) e na questão da legitimidade e limites da atuação do judiciário.

Pode-se dizer, em síntese, que a análise dos elementos teóricos aqui pretendida orienta-se pela crítica ao individualismo, à abstração e à razão instrumental modernas e iluminista; além disso, essa análise se preocupa também com a garantia dos direitos constitucionalmente postos e com a conseqüente legitimidade da atuação do judiciário na concretização desses direitos.

Acredita-se, então, que para a concretização Constitucional nos chamados países periféricos é necessário o desenvolvimento de uma Teoria Adequada que ressalte o caráter social/coletivo dos direitos fundamentais, abrindo as portas do direito contemporâneo à realidade social concreta da periferia mundial.

#### 3.1. Primeiro elemento teórico: do liberal/individual/subjetivo ao social/coletivo/objetivo

Deve-se começar afirmando que, a partir do constitucionalismo surgido na segunda metade do século passado, fez-se necessária uma revisão completa da teoria do direito que estava adaptada ao modelo liberal.

A insuficiência da teoria liberal já é percebida claramente desde o início do século passado quando as Constituições sociais positivaram o compromisso firmado entre a burguesia e o proletariado. Não é sem motivo então que

as normas que positivaram constitucionalmente os direitos sociais foram (e em grande parte ainda são) consideradas meros programas endereçados ao legislador. Assim, pode-se dizer que o problema a ser enfrentado na contemporaneidade é o de adaptação da(s) Teoria(s) de direitos fundamentais aos desafios impostos em época social caracterizada pela complexidade.

Visualiza-se melhor essa dificuldade principalmente a partir da análise dos desafios impostos à concretização e justiciabilidade dos direitos sociais constitucionais entendidos como coletivos *latu sensu* – difusos e coletivos. Nesse contexto, pode-se dizer que existe uma necessidade urgente de se criarem categorias para se pensar os direitos sociais, adequadas à nossa realidade<sup>13</sup>.

Quando se lê a produção teórica atual sobre uma teoria de direitos fundamentais e, mais especificamente, sobre uma teoria de direitos fundamentais sociais, percebe-se que a ênfase ainda gravita em torno da idéia de direito subjetivo.

Veja-se, por exemplo, a construção formulada por Arango<sup>14</sup>, que, baseado em uma perspectiva sul-americana, vai enfatizar o caráter de urgência da proteção dos direitos sociais em um quadro caracterizado ainda por várias omissões estatais absolutas. Apoiado nisso, vai propor um modelo dos casos extremos, em que pode haver um prejuízo grave aos princípios da separação de poderes e da democracia<sup>15</sup>.

O autor vai identificar um direito (subjetivo) como sendo “uma posição normativa fundamentada em argumentos válidos e suficientes, cujo não-reconhecimento injustificado causa dano àquele que é detentor do direito”. Por último, o autor ainda vai tratar do caráter de urgência, afirmando que:

Na maioria das vezes, senão sempre, a importância de um indivíduo, de uma situação ou de um objeto só pode ser estimada em situações extremas. [...] esse fenômeno, além de ser culturalmente real, é crucial no estabelecimento da objetividade de um juízo baseado em valores, que entende as perdas e danos como uma situação contrária ao que era esperado e só pode acontecer sob pena de violação da Constituição. (ARANGO, 2005, 96).

Entende-se, desse modo, que é a idéia de necessidades básicas (em decorrência do princípio da dignidade humana) aliada à situação de urgência ocasionada, principalmente por uma omissão do Estado, que justifica a existência de direitos sociais subjetivos – mediante a análise de um caso concreto – e sua conseqüente justiciabilidade.

<sup>13</sup> COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Tzeoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 189.

<sup>14</sup> ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.93.

<sup>15</sup> Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

Também Garcia<sup>16</sup>, como base nas lições de Weber, assevera que a ambígua expressão “direitos sociais” pode ser enquadrada como direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores e que, nessa ordem, essa escala vai indicar uma ordem decrescente em termos de densidade normativa e de potencial de exigibilidade.

Porém, ainda que se trate de mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores, é possível que, à luz do caso concreto, origine-se um direito subjetivo, devido à força do princípio da dignidade humana.

Os pensamentos expostos até aqui têm o objetivo de mostrar a ênfase teórica que ainda se dá sobre os direitos sociais subjetivos – talvez, seja esse o principal problema a ser enfrentado quando se trata de pensar um modelo teórico adequado aos direitos sociais.

É natural que assim seja, uma vez que é necessário ultrapassar o individualismo característico do direito liberal, cujas respostas não se aplicam aos questionamentos sociais atuais. Esse individualismo está enraizado na idéia mesma de direito subjetivo, entendido como uma faculdade da pessoa, que na modernidade possibilitou uma análise do direito privilegiando o ponto de vista dos governados e não dos governantes, indo de Hobbes, com seu *Leviatã*, a Rousseau, com sua vontade geral.

Deve-se lembrar, entretanto, que a idéia moderna de direito subjetivo só foi possível por meio da oposição deste ao direito objetivo já existente, ou seja, a partir do surgimento de uma dicotomia.

Assim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tradicionais, existe uma relação íntima e necessária entre direito subjetivo e direito objetivo. São as duas faces de uma mesma moeda. O direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém, e um fenômeno subjetivo, que está nas mãos dos indivíduos. Essa dicotomia moderna foi possibilitada por uma idéia moderna de liberdade que, de acordo com Ferraz Jr.<sup>17</sup>:

[...] servirá à defesa da propriedade privada identificada com a riqueza, à defesa da economia de mercado livre e à concepção de Estado como um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais garantidas por um documento: a Constituição [liberal]. É com base nessa liberdade, que funciona como limite à atividade legiferante do Estado que irá configurar-se a noção de direito subjetivo em oposição ao direito objetivo.

Destarte, não se pode estranhar a dificuldade encontrada quando se trata de concretizar os direitos sociais. Atualmente, tenta-se construir um modelo de direitos sociais adequado ao modelo estatal e à complexidade contemporânea, visando ultrapassar o paradigma liberal e buscando novas formas de entender

<sup>16</sup> GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 981.

<sup>17</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 144.

e construir o direito, capazes de ressaltar também o seu aspecto coletivo (difuso e coletivo *stricto sensu*). Nesse contexto, há quem exclua até a possibilidade de se falar em direitos subjetivos sociais<sup>18</sup>.

É, nesse sentido, que ganha importância dobrada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual irá tornar-se possível a partir da irradiação da (Neo) Constituição. No que diz respeito aos direitos sociais mais especificamente, é a partir do fortalecimento da dimensão objetiva que podem surgir alternativas de cobrança, principalmente contra a omissão estatal – total e parcial –, em grande parte responsável pela falta de efetividade dos direitos sociais.

Somente por meio desse reencontro contemporâneo com o direito objetivo, pode-se falar em uma justiciabilidade de direitos sociais que ultrapassa a lógica liberal e permite a cobrança da realização das promessas constitucionais, positivadas desde o constitucionalismo social no início do século passado, a partir de uma lógica coletiva em que se tenta garantir o direito de um grupo (que não se beneficia da lógica liberal) ou, mais importante ainda, de toda a sociedade.

Como resultado desse reencontro, tem-se, em verdade, a reconstrução da idéia de “era dos direitos (subjetivos)”; com maior propriedade, deve-se falar em uma era dos “direitos e deveres”.

Isso é verdade, principalmente se se atenta para o fato de vários dos direitos fundamentais atuais não permitirem, inclusive, uma proteção calcada na defesa de um direito individual apenas. Veja-se como exemplo o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88. art. 225). Como garantir um ambiente ecologicamente equilibrado a um indivíduo sem garantir o do seu vizinho?

Assim, o que se busca, a partir do fortalecimento da dimensão objetiva dos direitos sociais fundamentais, é “articular novas estratégias e abordagens para o enfrentamento dos mesmos problemas de justiça social que o capitalismo liberal não equacionou, nem jamais equacionará”<sup>19</sup>.

Essa valorização do direito objetivo é particularmente importante nos Estados que nunca conseguiram desenvolver um Estado de Bem-estar nos moldes do europeu, pois ela permite que se ultrapasse a programaticidade dos direitos sociais imposta pela ideologia liberal que se escondia atrás de afirmações como a da “diferente estrutura normativa”, “dos custos altos dos direitos sociais em oposição aos liberais”, “reserva do possível”, dentre outras. Vai, portanto, ampliar as possibilidades de luta pela concretização dos direitos sociais permitindo que existam efeitos jurídicos concretos diretos, mesmo a partir de normas anteriormente consideradas programáticas, ou seja, aquelas que carecem de integração legislativa para a criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares.

<sup>18</sup> ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9-46.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Del Rey, 2003, p. 253.



Abre-se caminho, assim, para que a luta encampada pela sociedade não termine na positivação dos direitos, posto que essa positivação pode ser, muitas vezes, simbólica<sup>20</sup>, ou, como se diz no Brasil, “para inglês ver”. Dessa forma, é possível se falar numa luta pela concretização do direito.

Ainda sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Bonavides<sup>21</sup> vai afirmar:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’ [...] que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.

Não se trata, obviamente, de negar a importância dos direitos subjetivos ou de abrir mão dos direitos subjetivos sociais, mas sim de uma reflexão cuidadosa a respeito da dupla dimensão dos direitos fundamentais, com o intuito de potencializar as possibilidades de realização dos direitos sociais, fortalecendo seu caráter coletivo.

Lembra, então, com Canotilho<sup>22</sup>, que, quando se fala na fundamentação objetiva de uma norma positivadora de direitos fundamentais, está-se a ressaltar o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Atento a essa realidade, Alexy<sup>23</sup> vai asseverar que, por intermédio da apresentação do seu modelo, poder-se-ia imaginar uma diminuição da importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em favor do direito subjetivo. Porém, trata o autor de, em seguida, afirmar a importância do direito objetivo. Vai defender que o direito objetivo possui um espaço mais amplo que o subjetivo, mas, nem assim, deixa de ser um direito vinculante.

Por fim, ressalte-se, ainda, que se trata, aqui, dos direitos sociais a partir de uma perspectiva lata, ou seja, para além da proteção vinculada ao salário, que, muitas vezes, caracterizam esses direitos (veja-se o exemplo do direito do trabalho e suas garantias constitucionais e infraconstitucionais). Trata-se, portanto, de entender os direitos sociais a partir de uma perspectiva ampla, não excludente, desvinculado da capacidade e da possibilidade dos indivíduos em conquistar o seu lugar no mercado de trabalho, como já ressaltado por Telles<sup>24</sup>.

Essa ênfase no social-coletivo justifica-se, também, pelo grau de amadurecimento já alcançado pelos direitos liberal-individuais. Estes, que, inicialmente também

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 567.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 567.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1216.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 499.

<sup>24</sup> TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94.

foram criticados pelo seu alto grau de abstração, atualmente já estão estabelecidos na dogmática tradicional e possuem instrumentos jurídicos de cobrança efetivos (cite-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, ou as próprias ações no âmbito do direito do trabalho).

Assim, fica claro que se busca, com a tese da dupla dimensão dos direitos fundamentais, reconhecer sua eficácia objetiva, que irá fundamentar a construção teórica capaz de fortalecer o conteúdo e ampliar o alcance dos direitos sociais, para além daquele já conhecido na tradicional concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa frente ao Estado, característico do modelo liberal.

### 3.2. Segundo elemento: do abstrato ao concreto

Depara-se, então, com a necessária construção de um modelo de direitos fundamentais, adequado ao constitucionalismo contemporâneo, ou seja, deve-se considerar a abertura dos textos que positivam os direitos fundamentais (especialmente os sociais) e, além disso, a passagem da teoria “abstrata” de direito liberal para a teoria aberta ao concreto dos direitos sociais.

De fato, percebe-se que a abstração que caracterizava os direitos individuais expressos nas Constituições revolucionárias modernas não foi capaz de integrar a idéia de que os seres humanos são indivíduos concretos, situados na história<sup>25</sup>, assim, a idéia de lei genérica e abstrata iluminista, que tinha como fundamento a suposição de uma sociedade homogênea, formada por homens “livres e iguais”, não faz mais sentido quando se percebe os seres humanos e seus complexos e concretos problemas sociais.

Portanto, uma adequada teoria dos direitos fundamentais vai necessariamente ter que se preocupar com a análise dos casos concretos a partir dos quais serão entendidas as questões relativas a esse ser humano historicamente localizado. Portanto, para muitos<sup>26</sup> torna-se relevante o pensar sobre a ponderação.

Trata-se de atentar para a abertura do direito contemporâneo ao concreto. Explica-se melhor: com a atual consciência pós-positivista da não existência de fronteira rígida entre a teoria e a filosofia do direito<sup>27</sup>, volta a ser um tema “jurídico” a questão da justiça. Nesse contexto, não se acredita mais na existência de uma justiça em abstrato já totalmente delimitada pelo texto normativo. De fato, como definir em abstrato a dignidade da pessoa humana? O que pode ser considerado como mínimo material?

<sup>25</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 133.

<sup>26</sup> Alguns exemplos: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>27</sup> Ver RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*, João Pessoa. v. 2, n. 1. 1998, p. 77-94.

A variedade possível de respostas as perguntas formuladas acima demonstram a necessidade da análise concreta para – obviamente – “concretizar” o direito. Enfim, basta um bom dicionário para perceber que não se “concretiza” algo em abstrato.

Essa constatação gera um problema a ser enfrentado se se pensa em modelos; paradigmas teóricos: a questão da racionalidade do processo de concretização do direito. Como evitar que diante da abertura dos textos jurídicos na contemporaneidade (principalmente a NeoConstituição) a realização das promessas de modernidade seja refém da total subjetividade dos juizes?

O correto equacionamento dessa questão é ainda mais importante no âmbito de Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia já que tradicionalmente o judiciário atua de maneira conservadora<sup>28</sup>, refratária as mudanças apontadas pela teoria. Veja-se abaixo então.

### 3.2.1. Em busca de uma razão possível

A busca do direito positivo pode ser descrita também como a procura da segurança (jurídica)<sup>29</sup>. Assim, é possível se entender todo o movimento de codificação do direito que se dá a partir da França pós-revolução.

Ao transpor os direitos naturais constitucionalmente declarados para os códigos, estava-se, em verdade, em busca de uma segurança que se acreditava ser possível somente a partir do trabalho de um legislador racional, capaz de reunir todo o direito (o direito passará mais adiante a ser entendido como sinônimo de lei) em um corpo legislativo simples e unitário. Através do código, então, se superaria a situação de desordem causada pelo acúmulo de normas jurídicas produzidas no decorrer do desenvolvimento histórico.

Lembre-se, ainda, que a burguesia revolucionária, rapidamente, transforma-se em conservadora e pretende proteger e fixar a liberdade (formal) conquistada. Nesse contexto, abrem-se as portas para o surgimento do positivismo jurídico, entendido como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito que não o positivo”<sup>30</sup>, que, entre críticas e elogios, reinará até meados do século passado e ainda hoje influencia fortemente as decisões jurídicas.

Esse positivismo caracteriza-se, dentre outras coisas, pela construção de modelos de aplicação do direito (dogmática) imunes ao questionamento e, conseqüentemente, à mudança. Qualquer mudança a ser inserida no sistema deve, necessariamente, partir do legislador. Em outras palavras, trata-se do dogma da onipotência do legislador.

Vê-se que essa realidade muda a partir do surgimento do Estado Constitucional de Direito, principalmente, no que se refere ao rompimento da separação rígida entre

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, o estudo feito por Marcela Varejão que demonstra o formalismo e conservadorismos das decisões do judiciário. VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In: *Verba Júris*. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87-146.

<sup>29</sup> SICHES, Luis Recaséns. Tratado de sociologia. Rio de Janeiro: Globo, 1965. v.2. p. 702-704.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 119.

o jurídico e o político, no âmbito constitucional, e a conseqüente reconfiguração da atividade do Judiciário através da jurisdição constitucional. O destaque já não será mais o legislador (ordinário principalmente), passa a ser, em verdade, a própria Constituição e seus direitos fundamentais.

Certamente essa mudança gera alguma insegurança no âmbito da teoria “geral” do direito construída em época positivista e que associa o Direito e a interpretação jurídica à idéia de subsunção, de dedução.

Assim, a atribuição dessa tarefa transformadora da jurisdição constitucional traz consigo também a necessidade de uma justificação/explicação/fundamentação mais completa e racional das decisões judiciais. Efetivamente, pode-se falar na existência de um constitucionalismo discursivo, que tenta encontrar uma razão possível na argumentação, ou seja, na fundamentação das decisões jurídicas e não mais apenas no “processo interpretativo”, como buscou Savigny.

Em síntese: considera-se a insuficiência dos métodos e técnicas da hermenêutica jurídica moderna no enfrentamento das complexas questões contemporâneas e a conseqüente ligação, atualmente verificada, entre hermenêutica e teoria da argumentação<sup>31</sup>. Desta forma é possível afirmar que o esforço de racionalização transfere-se do “interpretar” para o “explicar”.

Logo, para que o Judiciário possa fazer uso desse poder de interpretação e realização dos direitos fundamentais, garantidos pela (neo)Constituição, deve explicar muito bem a sua maneira de agir, de preferência utilizando-se de argumentos racionais.

Então, com a abertura neoconstitucionalista a contribuições de base tópico-retórica, a reflexão e a conseqüente decisão em torno dos direitos fundamentais dão-se a partir da análise do caso concreto, ou seja, para muitos é a partir da ponderação que se pode decidir.

### 3.2.2. Ponderação e racionalidade

A ponderação tem papel de destaque dentro do modelo neoconstitucionalista. A partir dessa técnica de interpretação constitucional, realizam-se os direitos fundamentais.

A grande crítica que se faz à ponderação diz respeito à racionalidade do processo, ou melhor, a uma falta de racionalidade<sup>32</sup>, que, em última análise, deixaria a realização constitucional nas mãos dos juizes chamados a analisar o caso concreto. Por conseguinte, de acordo com essa crítica, os direitos fundamentais seriam reféns da subjetividade dos julgadores.

<sup>31</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 10.

<sup>32</sup> AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 255.

Na realidade, eliminar toda a discricionariedade das decisões judiciais seria uma tarefa impossível. Contudo, isso não diminui a importância da busca de uma racionalidade possível em torno da ponderação.

Toda a construção teórica em redor da controvérsia baseia-se na utilização de idéias que possam ser aceitas mediante a análise do caso concreto. Esse processo de argumentação deve ser “tão racional quanto possível”<sup>33</sup> e tem o objetivo de formar um consenso racional. Deve-se dizer, ainda, que outra maneira de rebater essa crítica é taxar os próprios críticos de hiper-racionais, incapazes de reconhecer o limite da racionalidade mesma<sup>34</sup>.

Alexy<sup>35</sup>, buscando definir parâmetros para a ponderação, afirma que esse procedimento racional realiza-se a partir de um fundamento, por ele chamado de “lei da ponderação”, que pode ser posto da seguinte maneira: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.”.

Como conseqüência lógica dessa lei, tem-se que o processo de ponderação pode ser dividido em três passos parciais: no primeiro momento, deve-se comprovar o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, finalmente, comprovar se a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Esse procedimento racional de ponderação permite que a Constituição, com as suas normas de redação aberta e com forte carga axiológica, seja concretizada. Na impossibilidade de se definir um catálogo de direitos totalmente delineados *prima facie*, busca-se esse delineamento a partir de um caso concreto.

### 3.2.3. Concretização da Constituição segundo a teoria estruturante de Fr. Müller

Frederich Müller<sup>36</sup> é mais um autor pós-positivista que se preocupa com o desenvolvimento teórico a partir e para o Estado Democrático de Direito. Além disso, a teoria estruturante do direito, desenvolvida pelo autor, (re)afirma a validade direta e completa de todos os textos de norma através da Constituição e baseia-se na análise do caso concreto. Então, nesse sentido, o autor pode ser classificado como um neoconstitucionalista.

No entanto, distancia-se desse paradigma quando afirma que as críticas feitas até aqui ao positivismo permanecem ainda no mundo positivista; isso se deve ao fato

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130.

<sup>34</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 317.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68.

<sup>36</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

de compartilharem “a ilusão de que os textos nas leis, nas constituições, sejam já as normas”. Assim, os críticos do velho positivismo ainda estão presos ao “antagonismo abstrato entre ser e dever-ser”<sup>37</sup>.

Adeodato<sup>38</sup>, ao analisar a teoria de Müller, percebe que o autor afasta-se da teoria da argumentação (nos moldes da proposta de Alexy, por exemplo), ao declarar que a concretização é diferente de silogismo, aplicação, subsunção, efetivação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral. De acordo com o autor alemão, esses critérios seriam heranças do positivismo legalista exegético.

Assim sendo, assumindo o pensamento de Müller, pode-se tentar encontrar indícios dessa insuficiência teórica no conceito de efetividade exposto por Barroso (neoconstitucionalista brasileiro). Conforme este último, a efetividade representa a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>39</sup>. Percebe-se, então, que ainda persiste a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, a dicotomia ser-dever-ser, uma vez que esses elementos não formam um todo único.

Também encontramos indícios dessa dicotomia ainda existente nas palavras de Sanchís<sup>40</sup>, quando diz que a ponderação tem o objetivo de construir uma regra para subsumir o caso e “el ideal de la ponderación es la subsunción”.

De fato, concretizar a constituição significa encarar um processo de densificação das regras e princípios constitucionais; tal densificação, por sua vez, tem o objetivo de tornar possível a solução de problemas concretos a partir da observação de preceitos constitucionais carentes de significado completo em abstrato<sup>41</sup>.

O que o autor alemão vai fazer é desenvolver uma nova concepção de efetivação do direito que abrange, simultaneamente, os fatores da realidade e da norma, por meio de uma estruturação segundo o âmbito da norma e da idéia normativa orientadora (programa da norma).

É, a partir desses elementos, que o jurista vai “conhecer” a norma. Desse modo, pode-se falar em uma teoria da geração do direito<sup>42</sup>. Nota-se, portanto,

---

<sup>37</sup> MÜLLER, Friedrich.. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.270.

<sup>38</sup> ADEODATO, João Maurício. A concretização normativa: um estudo crítico. In: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238.

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

<sup>40</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 278.

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1165.

<sup>42</sup> CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

que enquanto tradicionalmente os autores neoconstitucionalistas, a exemplo de Alexy, buscam a solução para a dicotomia moderna no âmbito da filosofia (principalmente através da relação direito-moral), Müller, com a sua teoria estruturante, tenta ultrapassar essa dicotomia de maneira mais pragmática, transportando a discussão para o campo da teoria (estrutura) da norma.

### 3.3. Terceiro elemento: legitimidade e limites da atuação do judiciário

Tratar da legitimidade e dos limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade é tema caro e fundamental no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, pois, no contexto social caracterizado pela desigualdade real, apesar da existência de uma igualdade jurídica constitucional já formulada há quase um século<sup>43</sup>, tem destaque a reflexão sobre o papel do Estado.

Diga-se, ainda, que nos países de modernidade tardia existe uma democracia apenas formal. O que se verifica é um “divórcio” entre povo e seus representantes, ou seja, esses últimos não se sentem representados. É no âmbito da ciência política, então, que se percebe essa distorção, já que existe uma cisão entre o discurso jurídico e a realidade social e política.

Esse aspecto negativo pode ser ainda visualizado, numa perspectiva brasileira, se se atenta para a inoperância do Legislativo que, mesmo depois de 20 anos de existência da Constituição cidadã, ainda se mantém omissa (total ou parcialmente) em questões relevantes (num país marcado pela desigualdade, não se pode negar a importância de regulamentar o imposto sobre as grandes fortunas, por exemplo).

Desenhado esse quadro, pergunta-se: tem o judiciário (não eleito) a legitimidade necessária para atuar de maneira mais incisiva da realização das promessas há muito positivadas? Veja-se a seguir.

#### 3.3.1. Fundamentos para a atuação do Judiciário

Parte-se da situação dessa urgência, ou seja, da constatação de que, nos países de modernidade tardia, ainda não foram garantidas as condições mínimas para uma existência digna<sup>44</sup> a uma expressiva parcela da população. Isso parece bastante claro. Ou será que alguém poderia afirmar que não existem, por exemplo, no Brasil, milhões de pessoas sem acesso à alimentação adequada, à moradia, a um sistema de saúde eficiente etc.?

A partir desse reconhecimento, defende-se o fortalecimento de um judicialismo de defesa dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, da

---

2007, p. 240.

<sup>43</sup> No Brasil a Constituição de 1934 inaugura o constitucionalismo social.

<sup>44</sup> Refere-se ao núcleo básico de direitos sociais descrito em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 504.

defesa de um Judiciário ativo, que, amparado no conteúdo dirigente da Lei Maior brasileira atual<sup>45</sup>, aja através da justiça constitucional, buscando sempre “a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irrealdade”<sup>46</sup>.

Trata-se de uma “novidade”<sup>47</sup> do constitucionalismo moderno, que visa concretizar as normas da Constituição, considerando inaceitável um Estado social e democrático permanecer cego diante das situações de discriminação, marginalização e desvantagem material<sup>48</sup>. Desse modo, o Judiciário dos países de modernidade tardia devem encontrar nas NeoConstituições e nos números da realidade social as bases para essa atuação. É, assim, um trabalho bem localizado no tempo e no espaço: contemporaneidade, países de modernidade tardia.

Sem dúvida, não é sem problemas que se dá essa atuação judicial. O primeiro deles diz respeito ao princípio da separação dos poderes inicialmente posto por Locke e aprofundado por Montesquieu, que foi fundamental para o amadurecimento e sucesso do Estado liberal.

Para alguns, ao prevalecer a tese de um Judiciário ativo, estar-se-ia diante de um desrespeito ao referido princípio. O Judiciário, por essa via, estaria atuando numa esfera política reservada ao legislativo.

Certamente não cabe nesse espaço uma longa discussão sobre o tema, porém se deve dizer que vários autores<sup>49</sup> propõem uma releitura desse princípio que perderia a rigidez inicial. Assim, seria possível uma oscilação política para a igualdade, característica dos Estados sociais e democráticos.

Para Bonavides<sup>50</sup>, a superação dessa visão tradicional do referido princípio deve ocorrer em nossos dias para evitar que seja a “contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia [...]”.

De acordo com Emerson Garcia<sup>51</sup>, essa visão tradicional do referido

<sup>45</sup> Sobre o conteúdo dirigente da Constituição brasileira na atualidade ver debate em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p, 131.

<sup>47</sup> Cf. REIS, José Carlos Vasconcelos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

<sup>48</sup> ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari. Os desafios dos direitos sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 95.

<sup>49</sup> Dentre outros, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66-73 e CANOTILHO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p 64.

<sup>51</sup> GARCIA, Emerson O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: MELLO, Cláudio



princípio não se mostra mais adequada considerando as mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder, em especial em decorrência da própria produção normativa pós-positivista que passa a reconhecer o caráter normativo dos princípios jurídicos.

Pode-se ir mais longe e assegurar que a atuação dos Tribunais na América Latina na concretização dos direitos sociais seria legitimada por certo desencantamento com a política presente, decorrente da existência, ainda na atualidade, da pobreza em larga escala na região.

Essa decepção, que legitimaria o Judiciário a atuar na concretização de direitos sociais, é semelhante à verificada na Alemanha depois das barbaridades da II Segunda Guerra, que, por sua vez, garantiu a legitimidade da própria justiça constitucional materialmente considerada naquele país<sup>52</sup>.

Assim, a atuação mais incisiva do judiciário latino-americano na realização das promessas sociais positivadas encontraria fundamentação na realidade social de extrema desigualdade e pobreza.

Assim, afirma-se que se busca nas Neoconstituições e na realidade social desses países a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Lembrando que, se os tribunais não possuem uma legitimidade democrática formal, têm uma legitimidade democrática substancial, já que asseguram direitos fundamentais<sup>53</sup>.

No Brasil, por exemplo, essa releitura teria como pilar a Constituição cidadã de 1988, que, por sua vez, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1) e, como objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3).

Pode-se dizer, ainda, que a nova leitura do princípio é, portanto, fruto da chamada “eticização”<sup>54</sup> da Constituição, característica do modelo neoconstitucionalista, ou, pelo menos, é uma idéia aceita por boa parte dos autores neoconstitucionalistas.

Nesse contexto, a Constituição – que é uma lei positiva – atua como uma ponte entre os valores ético-políticos da coletividade nacional e internacional expressos pelo direito internacional dos direitos humanos e o direito positivo dos Estados.

Por fim lembra-se que contribui para a aceitação dessa nova leitura

---

Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 965.

<sup>52</sup> ROSENFELD, Michael. O julgamento constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 261.

<sup>53</sup> Cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista internacional de direitos humanos*. v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <www.surjournal.org>. Acesso em: 14 set. 2007.

<sup>54</sup> PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 482-483.

do princípio da separação dos poderes, em época de constitucionalismo social e democrático, o entendimento da função republicana da Jurisdição Constitucional. Significa resgatar o conceito clássico de república como sendo algo de todo o povo, não podendo ser de uma de suas partes, nem mesmo se essa for a maioria. Essa concepção clássica opõe-se àquela característica dos séculos XVII e XVIII, que vai entendê-la como o oposto da monarquia.

Portanto, é um termo que “indica una concepción de la vida colectiva”, enquanto que a democracia “es una especificación que se refiere a la concepción del gobierno”<sup>55</sup>. Dessa maneira, é possível entender a atuação do judiciário como republicana, e, portanto, em nome de todos. Assim, é possível conciliar a idéia de democracia, ligada, principalmente, ao parlamento e à idéia republicana, dentro de um mesmo sistema constitucional.

Desse modo, ao atuar na fiscalização da constitucionalidade, os Tribunais estariam atuando em nome de todos. Defender a atuação dos tribunais na defesa e concretização de direitos fundamentais não significa, pois, sustentar que o poder judiciário seja superior ao legislativo, mas sim – como disse Hamilton<sup>56</sup> – que o poder do povo é superior a ambos (*the power of people is superior to both*).

A conclusão que se chega ao seguir a idéia republicana é a de que, por mais que se deva questionar os limites da atuação do Judiciário, ela, em teoria, é sempre legítima quando o Judiciário atua na defesa e concretização dos direitos fundamentais positivados nas Constituições contemporâneas em nome do aumento da densidade do princípio da dignidade humana.

### 3.3.2. Limites

Seguindo a linha de raciocínio já delineada acima, diz-se que o direito na atualidade se abre ao concreto, superando a abstração que o caracterizou na modernidade. Assim, deve-se reconhecer que teorizar em abstrato sobre os limites dessa atuação do judiciário é tarefa bastante difícil. Certamente isso não significa dizer que esses limites não existam, afinal de contas uma completa judicialização da vida representaria um retrocesso se se considera todas as conquistas modernas ligadas, principalmente, à liberdade.

Porém, não se pode deixar de perceber que a atuação do judiciário nos chamados países de modernidade tardia deva seguir um caminho diferente daquele a ser trilhado nos países que não estão na periferia da ordem internacional, ou seja, os países que conseguiram fechar os ciclos históricos constitucionais modernos: liberal e social.

Em síntese, significa dizer que as respostas sobre o papel do judiciário na realização constitucional podem e devem variar de acordo com a realidade

<sup>55</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 101.

<sup>56</sup> Apud BITTENCOURT, Lúcio C. A. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 69.

social que funda e justifica o ordenamento jurídico. Portanto, se na Europa se fala inclusive no rebaixamento dos direitos sociais que seriam considerados “serviços sociais”<sup>57</sup>, essa mesma afirmação nos países de modernidade tardia se mostra absurda.

Nada disso, porém, justifica uma não reflexão sobre os limites da atuação do judiciário, para se evitar o chamado “governo dos juizes”, temido principalmente em épocas de positivismo forte (veja-se, por exemplo, Kelsen vs. o movimento para o direito livre no início do século passado).

A proposta a ser formulada no âmbito de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia para a construção de parâmetros norteadores da atuação do judiciário deve passar pelo reconhecimento da satisfação das necessidades básicas. Ou seja, seria legítima toda a atuação Estatal (também do judiciário) que encontre respaldo constitucional e tenha como objetivo a satisfação das necessidades básicas.

Aqui, prefere-se a expressão “necessidades básicas” a “mínimo existencial”, em decorrência da lição de Potyara<sup>58</sup> ao afirmar que enquanto o básico “expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta”, o mínimo “nega o ‘ótimo’ de atendimento”.

Portanto, “o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo.” Além disso, afirma que as necessidades básicas “estão na base da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas sociais”.

Ainda no que diz respeito à legitimidade da atuação do judiciário, deve-se lembrar que ela resta fortalecida, nos termos acima colocados, se se considera que a justiciabilidade é mais restrita do que a exigibilidade. Ou seja, se se entende a justiciabilidade de direitos como a cobrança pela efetividade de direitos via judiciário, pode-se concluir que ela representa uma das maneiras de se exigir essa efetividade/concretização. Ou seja, a justiciabilidade é a espécie da qual a exigibilidade é o gênero. Significa reconhecer, mais uma vez, os limites da atuação do judiciário na concretização de direitos, lembrando que se está diante de um problema que não se contém no âmbito exclusivo do judiciário.

Porém, e para finalizar, deve-se dizer que se é difícil teorizar em abstrato sobre os limites da atuação do judiciário na realização das promessas de modernidade nos países de modernidade tardia, deve-se reconhecer, a partir da observação da realidade social desses países, que essa atuação ainda encontra um espaço aberto, longe ainda de atingir esse limite de prudência.

<sup>57</sup> BARBALET, Jacques. Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Note-se que essa construção foi pensada antes da atual crise financeira internacional que afeta os países desenvolvidos na atualidade.

<sup>58</sup> POTYARA, A. P. Pereira. *Necessidades humanas: subsídio à crítica dos mínimos sociais*. 5. ed. São Paulo: Cortez, p. 26-27.

Por esse motivo, nunca é demais afirmar que se busca, na Constituição e na realidade social nacional e regional, a legitimidade para uma atuação mais incisiva do Judiciário. Essa atuação busca legitimidade na idéia de uma democracia substancial capaz de garantir uma igualdade material.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, atualmente, a necessidade de se pensar paradigmas teóricos adequados à realidade dos países da periferia mundial. No que diz respeito ao constitucionalismo e, especialmente, à Teoria Constitucional, verifica-se que se deve buscar um modelo adequado capaz de realizar as promessas já desde muito tempo constitucionalizadas.

Nesse contexto, tem importância perceber a insuficiência do referencial teórico positivista para o equacionamento dos problemas sociais e complexos da sociedade contemporânea, especialmente nos países de modernidade tardia que nunca cumpriram os ciclos do constitucionalismo moderno.

Assim, pode-se afirmar que não existe um mundo político totalmente apartado do mundo jurídico e a formulação teórica que se preocupa com a concretização das promessas de modernidade deve, necessariamente, atentar para essa realidade.

Pode-se apontar como fundamento dessa necessária reformulação filosófico-teórica, a crítica ao plano de modernidade liberal, fundado na filosofia das luzes e, posteriormente, umbilicalmente ligado ao positivismo.

Apontam-se então, como fragmentos de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia, alguns elementos na tentativa de contribuir para a formação desse paradigma. São eles construídos a partir das seguintes constatações:

a. Da necessidade da abertura do direito ao concreto, superando a abstração do direito de bases iluministas. Isso é verdade, principalmente se se entende como tema importante da teoria-filosofia do direito a questão da justiça, que se materializa nos casos concretos;

b. Da necessidade de se ressaltar a dimensão objetiva na teoria de direitos fundamentais, especialmente se se considera a nova realidade dos direitos sociais, que muitas vezes não podem ser traduzidos em termos de direitos subjetivos. Trata-se, muitas vezes, do reencontro moderno com os “deveres” ou, ainda, de avançar no sentido de fundar uma era “dos direitos e deveres”. Ainda se pode dizer que essa mudança significa uma tentativa de superação do individualismo moderno;

c. Da necessidade de se reconhecer a impossibilidade de existência de uma razão “absoluta” no direito nos moldes da razão instrumental iluminista e nos moldes da razão buscada pelo positivismo quando, por exemplo, tentou buscar no âmbito da hermenêutica jurídica métodos e técnicas “objetivos” de interpretação. É nesse contexto que tem destaque toda a teorização acerca da racionalidade no processo de ponderação,

das técnicas argumentativas e outras reflexões, como a de Muller, que tem o objetivo de buscar uma razão possível a partir do ambiente pós-positivista;

d. Nessa tarefa de fomentar uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países da Modernidade Tardia não se pode ficar alheio também as questões relativas ao papel e aos limites da atuação do judiciário na realização desse paradigma, principalmente porque, nesses países, existe uma democracia apenas formal que gera um divórcio entre o povo e seus representantes, além de uma inoperância crônica do legislativo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y protestos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PORTINARO, Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou

anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POTYARA, A. P. Pereira. *Necessidades humanas: subsídio à crítica dos mínimos sociais*. 5. ed. São Paulo: Cortez, p. 26-27.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

RABENHORST, Eduardo. Filosofia ou teoria do direito? In : *Problemata*, João Pessoa, v. 2, n. 1, p. 77-94, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Del Rey, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. V.2. Rio de Janeiro: Globo, 1965.

STRAUSS, Leo. *Derecho natural e historia*. Espanha: Circulo de Lectores, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAREJÃO, Marcela. As sentenças sobre a ocupação de terra no Brasil de 1985 a 2003. In: *Verba Júris*. Ano 6. Número 6. 2007, p. 87 - 146.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista internacional de direitos humanos*, v. 6, p. 66, 2007. Disponível em: <[www.surjournal.org](http://www.surjournal.org)>. Acesso em: 14 set. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.