



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

O ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

Concretização constitucional e o pensamento solidarista

**SALVADOR
2008**

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

O ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

Concretização constitucional e o pensamento solidarista

Dissertação de Mestrado apresentada, sob a orientação do Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto. Área de Concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Cidadania e Efetividade dos Direitos.

**UFBA / SALVADOR – BAHIA
2008**

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

TERMO DE APROVAÇÃO

O ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

Concretização constitucional e o pensamento solidarista

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

DR. MANOEL JORGE E SILVA NETO – Orientador

_____.

1º Membro da Banca:

_____.

2º Membro da Banca:

_____.

Salvador, _____ de _____ de 2008.

Ao Pai celestial por permitir que nestas linhas se criem perspectivas de realização de um mundo melhor.

Aos meus pais, exemplo de amor e compreensão, que me trouxeram ao mundo e hoje iluminam a minha vida.

Às minhas queridas irmãs Áurea e Valéria.

Aos professores do Mestrado: Manoel Jorge e Silva Neto, Edvaldo Brito, George Modesto (in memoriam), Fredie Didier Junior, Edilton Meireles, Edivaldo Boaventura, Mônica Aguiar, Saulo Casali e Paulo Pimenta por terem proporcionado a realização desta Dissertação, com seus brilhantes ensinamentos e compromisso com a busca incansável pela transformação do Direito num instrumento de libertação e de realização da dignidade do ser humano.

Em especial, ao professor Manoel Jorge e Silva Neto pela paciência, orientação, compromisso, presença, participação e incentivo ao longo da pesquisa.

Ao professor Willis Santiago Guerra Filho, pelos momentos iniciais de orientação e acompanhamento das nossas atividades de ensino.

Aos professores, funcionários, colegas e amigos do programa de pós-graduação em Direito da UFBA.

Aos meus novos alunos da Graduação e Pós-graduação em Direito da Faculdade Independente do Nordeste, e de Direito Constitucional da Faculdade de Tecnologia e Ciências, mentes promissoras que iniciam tão sublime jornada.

Com admiração, aos meus sobrinhos Natália de Oliveira Moreira, Túlio de Oliveira Nolasco e Tácio de Oliveira Nolasco, estudantes de direito que, a cada dia, revelam a sua grande capacidade de compreensão do fenômeno jurídico.

"....Sairei de mim mesmo em busca das
melodias esquecidas na memória,
em busca dos instantes de total abandono e beleza,
em busca dos milagres ainda não acontecidos...."

(Vinicius de Moraes)

RESUMO

Esta dissertação versa sobre a concretização do pensamento solidarista e seus reflexos no Estado Constitucional, oferecendo novas propostas para maior efetividade dos direitos fundamentais. A solidariedade é móvel do constitucionalismo do século XXI, sua idéia-força. Refratária às idéias do egoísmo neoliberal, o pensamento solidarista oferecerá as bases para construirmos uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Solidariedade. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Estado Constitucional. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Interconstitucionalidade. Justiça. Pluralismo. Cidadania.

ABSTRACT

This thesis deals with the implementation of the solidarity thought and their reflections in the Constitutional State, offering new proposals for greater effectiveness of fundamental rights. Solidarity is the mobile of the constitutionalism in XXI century, his idea-strength. Away of the selfishness of neoliberal ideas, the thought of solidarity provide the basis for constructing a free society, fair and caring.

Keywords: Solidarity. Neoconstitutionalism. Post-positivism. Constitutional State. Fundamental Rights. Minimum Existencial. Interconstitutionality. Justice. Pluralism. Citizenship.

SUMÁRIO

Capítulo I – INTRODUÇÃO

1. Introdução	11
2. Aspectos teórico-metodológicos	12
3. Os direitos fundamentais na centralidade do sistema jurídico, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo	20
4. Proposta de trabalho	30

Capítulo II – DO PENSAMENTO SOLIDARISTA

1. Introdução ao Pensamento Jurídico	32
2. Introdução ao Pensamento Solidarista	46
3. O pensamento solidarista em Léon Duguit	52
4. O ideal de solidariedade em Maurice Hauriou	56
5. A solidariedade em Gurvith	57
6. Por uma nova concepção de solidariedade.	59
7. O lugar constitucional do pensamento solidarista.	61
8. O pensamento solidarista na Constituição Federal de 1988	64
9. Reflexos jurídicos do pensamento solidarista	71
10. Desenvolvimento econômico e bem-estar social – formas econômicas de solidariedade.	76

Capítulo III – DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

1. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Estado Constitucional	85
2. Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo	90
3. Solidariedade e Democracia - da cidadania solidária	97
4. O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário	99
5. Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem internacional – constitucionalismo multinível	103
6. Solidariedade enquanto fundamento da República – uma nova proposta	115

Capítulo IV – DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOLIDARISTA

1. Dos Direitos fundamentais	117
2. Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais	120
3. Constituição e Processo – dimensão procedimental dos direitos fundamentais	123
4. Eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais e solidariedade nas relações privadas	127

Capítulo V – A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

1. O mínimo existencial	131
2. Jurisdição e realização dos direitos fundamentais na perspectiva do mínimo existencial	136

Capítulo VI – POSSIBILIDADES DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

1. Perspectivas e novas propostas para o Estado Constitucional Solidarista	138
2. Oito teses sobre solidariedade	139

Capítulo VII – CONCLUSÕES

1. Síntese das Propostas Apresentadas	143
2. Considerações Finais	148

REFERÊNCIAS	149
--------------------	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Agrv. – Agravo.

Art. – Artigo.

Cf. – Conferir.

CFRB – Constituição da República Federativa do Brasil.

Min. – Ministro(a).

RE – Recurso Extraordinário

Recl. – Reclamação.

Reg. – Regimental.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça.

Capítulo I

INTRODUÇÃO

Um texto é um universo aberto em que o intérprete pode descobrir infinitas interconexões.

Umberto Eco¹

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade estabelecer mecanismos propiciadores do contexto de cidadania inclusiva, em que se respeitem as diferenças e liberdades fundamentais a partir da conexão intrínseca e indissociável entre tais liberdades e a diretriz fundamental de construção de uma sociedade justa e solidária.

Assim, a interpretação e concretização dos direitos fundamentais, principalmente nos países em que os direitos essenciais à realização da condição humana são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, devem passar por critérios diferenciados de compreensão do que aqui se denomina Estado Constitucional Solidarista.

A concretização constitucional e o pensamento solidarista caminham juntos. Onde um está separado do outro cessam as possibilidades de construirmos uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CFRB).

A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios da Ciência do Direito, sempre buscando a reaproximação do programa normativo (*sollen* – dever ser - texto) do âmbito ou domínio normativo (*sein* – ser – contexto). Penso nesse novo paradigma científico como o caminho a ser necessariamente percorrido por nossos juristas, buscando a prevalência dos valores éticos e do compromisso social com a realização dos direitos fundamentais e a construção do Estado Constitucional Solidarista.

¹ *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 45.

Por fim, devemos compreender que além dos planos ontológico, deontológico e axiológico (fato, norma e valor), as perspectivas filosófica e zetética, além das novas conquistas da hermenêutica filosófica e da hermenêutica plural de Häberle² haverão de ser agregadas ao Direito que buscamos, solidariamente, construir.

2. Aspectos teórico-metodológicos

Resumidamente, o enquadramento metodológico do nosso estudo situa-se no pensamento sistemático de Canaris (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*), passando pelo pensamento “compreensivo” orientado a valores, do qual Karl Larenz trata na sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*. Nesta obra, subsiste uma tendência de oposição ao método analítico-abstrato de construção e desenvolvimento de conceitos jurídicos, a favor daquilo que Karl Englich (*Introdução ao Pensamento Jurídico*) caracteriza como tendência de concretização do Direito no sentido de um pensamento “holístico”, e aqui se acrescenta o adjetivo “solidário”, como vetor de orientação axiológica, aprendendo com Duguit³ que o fundamento do direito é a solidariedade.

A moderna ciência do direito demanda estudo multidisciplinar e metodologia livre do dogmatismo⁴. A realidade é muito mais complexa e dinâmica do que possam inferir nossos cientistas do direito. A verdade é construída historicamente, as idéias e teorias são superadas num espaço temporal cada vez mais curto. Até mesmo idéias tidas como ultrapassadas, são retomadas pelos cientistas e fundadas em novas bases.

² Numa perspectiva pluralista e zetética de abordagem do fenômeno bioético, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), realizou audiência pública designada pelo ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) 3510. A ação foi ajuizada no STF pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra o artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11105/05). Na ADI é questionada a permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. O dispositivo legal determina que só poderão ser utilizadas as células de embriões humanos “inviáveis” ou “congelados há três anos ou mais”, sendo necessário o consentimento dos genitores. Nesse sentido: OLIVEIRA JR, Valdir Ferreira de. Bioconstitucionalismo – considerações teóricas sobre os fundamentos constitucionais da bioética. *Revista do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado da UFBA*. Nº 12. Salvador: UFBA, 2006.

³ *Fundamentos do Direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 19.

⁴ O dogmatismo traduz-se na postura filosófica que defende a possibilidade de adquirirmos conhecimentos seguros e universais alcançando a certeza sobre tais conhecimentos.

Segundo Morin, o desenvolvimento do conhecimento científico é poderoso meio de detecção dos erros e de luta contra as ilusões, ressaltando que os paradigmas controladores da ciência podem desenvolver ilusões, e nenhuma teoria científica está imune para sempre ao erro. A racionalidade é a melhor proteção contra o erro e a ilusão, mas tal racionalidade precisa ser aberta, em constante diálogo com o real que lhe resiste e conhecedora das suas limitações⁵. Por vezes, a vida não segue a lógica, tampouco a razão.

Os físicos já discutem a possibilidade de termos acesso epistêmico ao futuro. Einstein já apontava a imaginação como mais importante que o conhecimento, afirmando que a imaginação seria a prévia dos próximos acontecimentos de nossas vidas. Será que aquilo que pensamos em termos de acontecimento provável já não é uma realidade antecipada pelo nosso cérebro? O próprio cérebro não distingue aquilo que vemos daquilo que pensamos. A região que entra em atividade quando vemos algo e quando pensamos num determinado acontecimento é a mesma. Portanto, o que seria a realidade? Aquilo que vemos ou aquilo que pensamos? Podem, possivelmente, nossos pensamentos constituírem predisposição das nossas ações e futuros acontecimentos?

Reafirmando a importância da fantasia e do imaginário humano, Morin aponta que as vias de entrada e de saída do sistema neurocerebral, que colocam o organismo em conexão com o mundo exterior, representam apenas 2% do conjunto, enquanto 98% se referem ao funcionamento interno, constitui-se em mundo psíquico relativamente independente, em que fermentam necessidades, sonhos, desejos, idéias, imagens e fantasias, conformando a nossa pré-compreensão do mundo exterior⁶.

⁵ *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução: Catarina Eleonora e Jeanne Sawaya. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 21 et. seq.

⁶ *Ibidem*. p. 21

Ensina Nietzsche: "Não há fatos, só interpretações". O exemplo típico, dessa postura, conforme ensina Guerra Filho, é o da substituição, na física, do paradigma mecanicista de Copérnico, Galileu, Giordano Bruno, Newton etc., por aquele relativista de Albert Einstein, Max Planck, Niels Bohr, Werner Heisenberg etc. Daí, ter Edmund Husserl, de sua perspectiva fenomenológica, alertado para o caráter restritivo do conhecimento obtido pelo formalismo científico, apesar de sua indubitável eficácia, consubstanciando-se em ameaça ao "mundo comum da vida" (Lebenswelt). Assim como Bachelard, ao mesmo tempo em que, refletindo sobre a nova cientificidade oriunda dos avanços da física relativística e quântica, apontava o seu caráter aproximativo, em um *processo* inesgotável de aproximação das descobertas, alertando, também, para a necessidade de se complementar os rigores do método científico com a liberdade criativa da imaginação poética⁷.

No conjunto de seu *Verdade e Método I*, Gadamer mostra que a certeza proporcionada pelo uso do método científico não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo, para a ciência do espírito, mas de modo algum significa diminuição da sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de significado humano especial, que ela vem reivindicando desde antigamente⁸.

Afirma Gadamer: o que o instrumental do "método" não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade⁹. Mas garante? E o que é a verdade? Com podemos afirmá-la?

Perguntar permite sempre ver as possibilidades que ficam em suspenso. Por isso, se é possível compreender a opinião à margem do próprio opinar, não é possível compreender a questionabilidade desligando-nos de um verdadeiro questionar. *Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar*. Para perguntar não pode haver comportamento potencial, servindo apenas como teste comprobatório, isso porque perguntar não é pôr, mas *experimentar possibilidades*¹⁰.

⁷ *Significado epistemológico do conceito processual de Constituição*. Palestra – Faculdade de Direito da UFBA. Salvador: UFBA, 2006, p. 6.

⁸ *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 631.

⁹ *Ibidem*. p. 631.

¹⁰ *Ibidem*. p. 489.

Aqui, a partir da essência do perguntar torna-se claro o que o diálogo platônico demonstra na sua realização fática, idéias presentes também em Habermas em sua teoria da ação comunicativa, de nuance interdisciplinar, “poliglota” e democrática¹¹.

Quem quiser pensar deve perguntar. Quando alguém diz “aqui caberia uma pergunta”, isto já é verdadeira pergunta, disfarçada pela prudência ou cortesia, afirmará Gadamer¹².

Na concepção de Foucault, a verdade é construída historicamente, delimitada pelas formas de poder que a constituem¹³, não havendo, portanto, realidade universal ou verdade absoluta. O mundo já foi plano, hoje é redondo, amanhã poderá não sê-lo. Já há quem afirme a existência de universos paralelos. Deus e Universo possuem o mesmo conceito, tal como fé e acesso epistêmico ao futuro. Religião e Ciência possivelmente não estão tão distantes em suas premissas fundamentais quanto se imagina.

Para Gadamer, a dignidade da experiência hermenêutica - e também o significado da história para o conhecimento humano em geral – parecia consistir em que aqui não estamos simplesmente nos subordinando a algo já conhecido, mas o que se encontra na tradição é algo que nos fala¹⁴. Assim, a compreensão não se satisfaz no virtuosismo técnico de compreender tudo o que é escrito, muito menos é determinada por formas de poder presentes na sociedade. É antes experiência autêntica, real, isto é, encontro com algo que se impõe como verdade. Algo que, em nosso estudo, deve ser buscado na vida ativa da Constituição (concretização), muito mais no seu setor, âmbito ou domínio normativo (experiências concretas de vida – realidade histórica - ser) do que no seu programa normativo (enunciado lingüístico – potencialidade – dever-ser).

Mas como os teóricos do direito trabalham a questão da verdade?

¹¹ *Direito e Democracia – entre facticidade e validade I*. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

¹² *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 489

¹³ *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 13.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.* p. 629.

Autores que trabalham o direito enquanto técnica de decisão e o afastam da concepção de ciência, buscam em Perelman¹⁵ e Viehweg¹⁶ muitas das suas lições. Perelman constata a impossibilidade, para a ciência, de explicar o direito e suas decisões. As sentenças e os arestos não redundam em proposições verdadeiras tiradas de silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação. Se há sistema e ciência do direito, eles não podem esboçar-se fora da controvérsia permanente.

A lógica judicial se centra inteiramente sobre a idéia de adesão e não de verdade. A própria lei determina a rejeição da verdade em alguns casos em que considera outros valores mais importantes (ex: No Código Penal Brasileiro não se admite a exceção da verdade no crime de calúnia, quando cometido contra o Presidente da República. Nesse caso, a verdade passa por critérios de ponderação e cede em face de outros bens jurídicos: a segurança nacional e a proteção institucional ao cargo da Presidência da República).

Perelman nos ensina, em seu *Tratado da Argumentação*, que a retórica só existe quando há dúvida em relação a determinada tese, não se ocupando daquilo que é certo, evidente e incontroverso, mas somente de problemas cuja solução não pode ser fornecida nem pela experiência, nem pela dedução lógica; seu domínio é "o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo". Assim, não há sentido em argumentar sobre o óbvio, pois, como já afirmava Aristóteles, "quem pergunta se a neve é branca ou não, só tem que abrir os olhos"¹⁷.

Os trabalhos pioneiros de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg influenciaram corrente de pensamento identificada em Manuel Atienza, Aulio Aarnio, Klaus Gunter, Robert Alexy, Karl Engisch, Tércio Ferraz Jr. e outros.

¹⁵ *Tratado da argumentação (A nova retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶ *Tópica e Jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

¹⁷ PERELMAN, Chaim. *Op. Cit.* Capítulo introdutório.

Canaris, em seu *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, diverge desta última corrente de pensamento (tópico ou assistemático). Inicialmente, ele entende o direito como ciência¹⁸ e não como técnica de decisão. A função do sistema na Ciência do Direito reside em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Canaris define o sistema jurídico como *ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais*, explica que este sistema não é fechado, mas antes *aberto*. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou “sistema científico”, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o “sistema objetivo”.

Nessa abertura reside o caráter evolutivo do direito, as valorações ocorrem no interior do sistema jurídico, o pensamento parte da norma para o problema e não inversamente como defendem os adeptos do pensamento tópico. A técnica do pensamento problemático funda-se no senso comum, na idéia de acordo entre a maioria, acentua-se o caráter retórico como critério decisivo para o acerto na solução de determinado problema. Afirma Viehweg que as premissas fundamentais são legitimadas através da aceitação do parceiro na conversa¹⁹.

Segundo afirma Kant, citado por Canaris: *a tópica poderia servir mestres e oradores a procurar, sob certos títulos de pensamento, o que melhor convenha para a sua matéria em causa e para matutar ou cavaquear com verbalidade sobre ela, com uma aparência de fundamentação*²⁰.

Em nosso entendimento, a grande contribuição de Viehweg, foi reafirmar a importância do discurso e da argumentação, esse o primeiro passo para derrubar as grandes teses do positivismo jurídico. Afinal, quem fala tem de poder justificar sua fala. Só o preenchimento dos deveres discursivos, especialmente a observação dos deveres de defesa e esclarecimento, garante suficientemente afirmações confiáveis. Só deste modo permanece um diálogo racional em andamento, o qual possibilita a justificação de afirmações teóricas e práticas numa medida considerada ótima²¹.

¹⁸ Também entendem o Direito como ciência (citados no presente trabalho): Karl Larenz, Ronald Dworkin e Willis Santiago Guerra Filho. Posicionam-se contrariamente à tópica: Flume, Kriele, Zippelius, J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Konrad Hesse e outros. Entendem o direito como técnica de decisão: Tércio Sampaio Ferraz Junior, Eros Roberto Grau, dentre outros.

¹⁹ *Op. Cit.* p. 24

²⁰ *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 254.

²¹ *Tópica e Jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 105.

As premissas, numa ciência compreensiva e orientada por valores como a entende Larenz²², são previamente estabelecidas. A fundamentação racional das decisões judiciais parte, antes de tudo, das escolhas constitucionais fundamentais presentes em nosso sistema jurídico, portanto da norma, jamais do problema²³. Se há que se falar em aplicação da tópica à ciência do direito, situar-se-á tal aplicação na formação do consenso em torno de quais bens jurídicos determinada sociedade buscará proteger e de que forma se dará tal proteção, e, ainda assim, parte tal debate do respeito às regras da: razoabilidade, proporcionalidade, lógica, argumentação e do discurso racional.

A análise dos dados coletados em nossa pesquisa mostra que o discurso jurídico além da perspectiva teórica (asserção), deve possuir vertente prática (ação) e que deve necessariamente orientar o pensamento jurídico contemporâneo.

A realidade está a demonstrar a falta de efetividade das normas constitucionais fundamentais que compõem o regime jurídico constitucional do *bem-estar social* e do *desenvolvimento econômico*, objetivando construir uma sociedade livre, justa e *solidária*, com sérias conseqüências para a credibilidade do Texto Constitucional.

Tal estudo se faz importante em face dos seguintes aspectos: tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adstrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo²⁴.

Para compreendermos a normatividade como efeito global da norma, é necessário pressupormos a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carentes de decisão. A normatividade, portanto, não é “qualidade” da norma, mas o efeito do procedimento metódico de concretização.

O Estado Constitucional Solidarista se afirma democraticamente através do fortalecimento e concretização dos laços de solidariedade social – pela divisão social do trabalho, por similitude, pela justiça e pelo pluralismo.

²² *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²³ O próprio Viehweg afirma que, se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, resulta num sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. Se existisse um único sistema A, que declarasse nosso problema insolúvel, seriam necessários outros sistemas para a sua solução. Se nenhum deles permitisse encontrar a solução, seriam necessários outros sistemas, caso em que o caráter do problema permaneceria sempre confirmado. A ênfase no problema opera uma seleção de sistemas. (*Tópica e Jurisprudência*, cit., p.35).

²⁴ Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1204 *et seq.*

Diante dessa primeira dedução e principal hipótese do nosso trabalho, restam as seguintes hipóteses secundárias a serem investigadas nos capítulos seguintes: (I) Existem fundamentos de existência, validade e eficácia para o direito que se orientam pelo princípio da solidariedade; (II) As regras do discurso racional possuem força normativa e vinculante em face do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB); (III) Há relação entre o pensamento solidarista e a geração de âmbito normativo ou busca da reaproximação entre ser e dever-ser; (IV) O pensamento solidarista rompe com o paradigma do liberalismo, identificado em Adam Smith²⁵, segundo o qual, cada indivíduo contribui com seu “egoísmo pessoal”, passando a oferecer os limites e possibilidades da construção de uma “sociedade solidária”; (V) O direito é objeto cultural que se constrói através do tratamento lógico-lingüístico num processo de condicionamento recíproco entre ser e dever-ser, e que não deve estar fechado à abordagem zetética (multidisciplinar); (VI) O pensamento solidarista produz reflexos jurídicos na concretização dos direitos fundamentais, oferecendo novas possibilidades de efetivá-los.

A realização dos direitos fundamentais, muito além do seu conteúdo dogmático, passa pelo contexto da cidadania inclusiva e multidimensional²⁶, em que se criam espaços de cooperação para redução das desigualdades sociais e concretização da solidariedade.

A cidadania inclusiva reflete o processo de conscientização social e a realização dos direitos fundamentais básicos, essenciais à condição humana. O educar para a cidadania (art. 205 da Constituição Federal de 1988) demandará a concretização do que denominamos *cidadania solidária*, com novos reflexos na relação de interdependência entre: Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

Como observa Verdu, um dos motivos que explicam o escasso sentimento constitucional que nossa Carta inspira nos cidadãos é o deficiente ensino que sobre ela é ministrado nos centros escolares²⁷, daí a importância do conhecimento constitucional, pois não se realiza aquilo que não se conhece. O Conhecimento deve estar norteado pela visão humanística, ética, solidarista, pluralista e transformadora²⁸.

²⁵ *A Riqueza das Nações*. Vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁶ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In.: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

²⁷ O sentimento constitucional. p. 157.

²⁸ Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente – um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

3. Os direitos fundamentais na centralidade do sistema jurídico, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo

A Ciência do Direito, sob influência da percepção pós-positivista e neoconstitucionalista, situa os direitos fundamentais na centralidade do sistema jurídico, recepcionando as contribuições da hermenêutica filosófica, da teoria do discurso e da filosofia da linguagem, ressaltando o papel (cri)ativo do Poder Judiciário e demais intérpretes da constituição em defesa da efetividade dos direitos.

Tendo as constituições ocupado a centralidade dos diversos sistemas jurídicos mundiais, em substituição ao direito privado, em especial nos sistemas de *civil law* de base romano-germânica, do direito codificado, modificou-se a forma de pensamento jurídico, que deixa de trabalhar, exclusivamente, com tipos normativos fechados do tipo *all or nothing* (tudo ou nada), o modelo de regras, passando a trabalhar com tipos normativos abertos, os *standards* (Ronald Dworkin²⁹) ou mandamentos de otimização (Robert Alexy³⁰), o modelo de princípios.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. Princípios são mandamentos de otimização³¹. Alexy deixa claro em seus estudos que todos os direitos fundamentais são princípios³², o que reafirma o conteúdo essencial da constituição como texto aberto e concretizável, no qual prevalece o raciocínio por ponderação, assunto a ser revisitado e melhor sistematizado no capítulo seguinte em nossa introdução ao pensamento jurídico.

A idéia de princípios como “mandamentos de otimização” insere-se na perspectiva do pensamento possibilista ou possibilismo filosófico, idéias afirmadas por Häberle³³ e também presentes em Müller³⁴. A norma é algo a ser construído em face das suas possibilidades fáticas e jurídicas sempre de forma otimizada.

²⁹ Cf.: *Levando os direitos a sério; O Império do Direito; Uma questão de princípios*. Além da norma *regra* e da norma *princípio*, Dworkin trabalha também com novo tipo de norma jurídica denominada *política pública* (policies).

³⁰ Cf.: *Teoría de los derechos fundamentales; Constitucionalismo Discursivo; Teoría da Argumentação*.

³¹ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Traduzida para o espanhol: *Teoría de los derechos fundamentales: el derecho y la justicia*. Madrid: CEPC, 2002, p.86.

³² Op. Cit. p. 86 et seq.

³³ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Manoel Jorge e Silva Neto afirma que o pensamento possibilista, enquanto forma de compreender a constituição, parte da idéia de que a norma não é algo perfeito e acabado, senão simplesmente “pura possibilidade jurídica”. Consubstancia-se tal idéia na tríade: “realidade-possibilidades-necessidades” e apóia-se no racionalismo crítico kantiano, desenvolvido por Häberle em *Pluralismo y Constitución*³⁵.

Os fundamentos epistemológicos do neopositivismo ou pós-positivismo³⁶ exercem forte influência no pensamento constitucional contemporâneo, impondo novo paradigma hermenêutico, principalmente devido à reaproximação entre Direito e Moral, à inserção do método de interpretação especificamente constitucional e à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem, da hermenêutica filosófica, da teoria da argumentação e do discurso racional. Assim, em teoria da constituição, passou-se a empregar o termo neoconstitucionalismo para caracterizar esse novo momento constitucional.

Aqui, rompe-se com muitas das idéias defendidas pelo positivismo jurídico (não confundir com positivismo científico³⁷), presentes em autores como: Jeremy Bentham (1748-1821), John Austin (1790-1859), Hans Kelsen (1881-1973), H. L. A. Hart (1907-1992), Alf Ross (1899-1979) e outros.

A dicotomia entre Direito e Moral arduamente defendida por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, assim como a insistência em confundir legalidade com legitimidade e vigência com validade, são idéias severamente criticadas pelo pensamento jurídico pós-positivista³⁸.

Hart, outro grande nome da escola positivista, substituído em sua cátedra em Oxford por Ronald Dworkin (nascido em 1931), reconhece, em seu *Post Sriptum al concepto del derecho*, que a crítica que lhe fora feita por Dworkin, com ralação ao tratamento dado aos princípios³⁹, é procedente⁴⁰.

³⁵ *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 98.

³⁶ Registrando, desde logo, que são diversos os sentidos atribuídos à expressão pós-positivismo. Em nosso trabalho existe relação de correlação entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo; são aquele e este dois aspectos da mesma idéia.

³⁷ Os critérios positivistas de cientificidade propõe enfoque científico firmemente apoiado nos fatos empíricos. Implantou-se na primeira parte do século dezenove, em França com Augusto Comte.

³⁸ Para percepção mais profunda da crítica do pensamento positivista consultar: Ronald Dworkin (Levando os direitos a sério, O Império do Direito, Uma Questão de Princípios); Robert Alexy (Teoria da Argumentação, Teoría de los derechos fundamentales, Constitucionalismo Discursivo).

³⁹ Hart, em seu livro *O conceito de Direito*, segundo livro mais lido no Direito depois da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, não atribuí força normativa aos princípios, apesar de considerá-los normas jurídicas ao lado da norma regra e da norma do tipo procedimento. Para melhor compreensão sobre a diferença entre regra e princípio, ver também: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Das considerações feitas pela teoria do direito sobre o pós-positivismo extraem-se as premissas fundamentais que, para a teoria da constituição, irão aplicar-se ao neoconstitucionalismo⁴¹.

Sob o aspecto teórico, segundo Susanna Pozzolo⁴², o neoconstitucionalismo caracteriza-se pelo reconhecimento da força normativa à Constituição, passa por distinção qualitativa e forte entre regras e princípios⁴³, ressaltando a expressão valorativa dos princípios. Afirma a precedência e pertinência da moral no contexto jurídico⁴⁴.

Pozzolo, acertadamente, identifica nesse atual momento constitucional a *constitucionalização do ordenamento jurídico*⁴⁵, todas as normas infraconstitucionais se submetem à “filtragem constitucional”. Ela insere a Corte Constitucional como verdadeiro gestor desse novo constitucionalismo⁴⁶. Tudo passa a ter referencial constitucional – exemplo claro dessa nova realidade é a *interpretação conforme a Constituição*.

No neoconstitucionalismo podemos perceber maior segurança jurídica nas decisões com a redução da discricionariedade judicial em face do dever de fundamentação (observância das regras de argumentação e do discurso racional). As posições positivistas de Kelsen e Hart atribuem um sentido forte à discricionariedade, pois, o positivismo utiliza-se de técnicas limitadas e inadequadas a exemplo da subsunção e do silogismo, além de não reconhecerem a normatividade dos princípios. Os fatores de ponderação (razoabilidade, proporcionalidade etc.) reduzem a discricionariedade judicial e solucionam adequadamente os casos difíceis, pois, na colisão entre princípios se demanda maior esforço justificatório por parte do órgão julgador (daí a importância da teoria do discurso) favorecendo a segurança jurídica.

⁴⁰ *Post Scríptum al concepto del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 38 et seq. Nas palavras de Hart: Estoy de acuerdo en que es un defecto de mi libro que los principios sean tocados solo de pasada.(Op. Cit., p. 38)

⁴¹ Para verificar a relação que estabelecemos entre teoria do direito e teoria da constituição ver: OLIVEIR JR., Valdir Ferreira de. *Existe uma Teoria Geral do Processo*. In: Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial. Coordenadores: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. p. 961.

⁴² *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

⁴³ *Op. Cit.* p. 45 et seq.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 61, 147, 155 e 159.

⁴⁵ *Ibidem.* p. 134 et seq. A constitucionalização do ordenamento jurídico consiste num “proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano. Trad.: José María Lujambio. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49).

⁴⁶ *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Cit., p. 104.

A Carta Magna, através dos seus princípios fundamentais, passa a produzir efeito irradiante sobre todas as normas infraconstitucionais. Tal percepção é importantíssima para defesa do efeito irradiante do objetivo fundamental de construção da *sociedade solidária* sobre o ordenamento jurídico.

Aqui se insere também a centralidade dos direitos fundamentais e a importância do discurso racional⁴⁷. Direitos fundamentais que se traduzem em *princípios*. Discurso racional que se concretiza e se orienta pelo raciocínio jurídico denominado *ponderação*⁴⁸.

No aspecto da nova dogmática da interpretação constitucional temos no neoconstitucionalismo a constante busca de reaproximação do texto constitucional (*sollen – dever-ser – programa normativo*) do contexto social (*sein – ser – âmbito normativo*), que se dará pela efetividade dos direitos fundamentais e da concretização do pensamento solidarista.

Jorge Miranda nos ensina que interpretar a Constituição é realizá-la⁴⁹. Portanto interpretar a norma jurídica constitucional é torná-la concreta, não a partir dos *Topoi*⁵⁰, capaz de conduzir-nos a casuísmos sem limites, mas a partir daquilo Hesse denomina de método hermenêutico-concretizador. Hesse chega a afirmar de forma categórica: “A interpretação constitucional é concretização (Konkretisierung)”⁵¹.

O intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta na qual ela se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu próprio (pré)-juízo⁵².

⁴⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, Op. Cit. p. 157: Adverte o autor sobre a necessidade de: “*depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales*”

⁴⁸ Nossa proposta de raciocínio por ponderação passa pelo que denominamos: *fatores de ponderação*. Nesse sentido: OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Fatores de ponderação na interpretação e concretização dos preceitos fundamentais – procedimentos normativo e discursivo. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia*. Salvador: UFBA, Nº 13, 2006.

⁴⁹ *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.448 et seq.

⁵⁰ Topói (plural de *topos*) são pontos de vista, lugares comuns ou esquemas de pensamento, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, dessa forma, uma arte de invenção e, como tal, técnica do pensar problemático. Para uma maior compreensão do assunto, consultar a obra de Viehweg: *Tópica e Jurisprudência*.

⁵¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20ª edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61.

⁵² *Ibidem*, p. 61.

Assim, o intérprete entende o conteúdo da norma a partir da (pré)-compreensão que primeiramente lhe torna possível olhar para ela com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece de confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determina-se univocamente a unidade do sentido⁵³.

O projeto da hermenêutica filosófica aliado às conquistas da teoria da argumentação também se faz presente nessa nova postura metodológica do jurista diante dos problemas da vida. Afinal, como adverte Alexy em sua *Teoria da Argumentação*, não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como ideal vai além do âmbito da Ciência do Direito. Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa⁵⁴.

Será que nossos “zelosos” legisladores estão preparados para legislarem em favor dessa ordem racional e justa? E nossos juristas qual o seu papel nessa construção? Mais uma vez a resposta é a solidariedade. Compartilhar pontos de vista, conhecimentos, necessidades e possibilidades de concretização constitucional.

Quando discute racionalidade, Rorty a define como o hábito de atingir nossos fins pela persuasão, em vez da força. Analisar o que significa, para os seres humanos, serem racionais, é entender de técnicas de persuasão, padrões de justificação e formas de comunicação⁵⁵.

Os discursos são conjunto de ações interconectadas nas quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são os discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode-se conceber como caso especial do discurso prático geral, que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁴ *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 281.

⁵⁵ SOUZA, José Crisóstomo de (Organizador). *Filosofia, Racionalidade e Democracia – os debates de Rorty e Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005, p. 90

⁵⁶ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Op. Cit., p. 181-183.

A teoria do discurso pode ser empírica, analítica e/ou normativa. É *empírica* quando nela, por exemplo, somente se descreve e explica a correlação entre determinados grupos de falantes e o emprego de determinados argumentos (...). É *analítica* quando nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente utilizados e dos argumentos possíveis (...). É *normativa* quando nela se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso (ALEXY, 2005, p. 183-184).

A teoria do discurso racional é uma teoria do discurso normativa. Por isso, nela se propõe o problema de como podem fundamentar-se as regras do discurso racional. As regras do discurso prático racional podem considerar-se como normas para a fundamentação de normas. Destarte, o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988) passa por critérios de correção estabelecidos pela teoria do discurso. *Numa democracia que se afirma pluralista e solidária, o discurso racional é dos seus principais possibilitadores.*

Portanto, as decisões políticas, judiciais, legislativas, administrativas ou qualquer decisão Estatal submetem-se aos critérios de racionalidade da teoria discursiva, surgindo aqui, novo parâmetro de aferição de sua constitucionalidade. Decisões irracionais ou sem fundamentação violam a idéia de democracia (art. 1º, CFRB), o projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CFRB) e no caso específico das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o dever de fundamentação (art. 93, IX, CFRB).

No que se refere à Administração Pública, a teoria do discurso se concretiza no princípio da motivação, que, no nosso entendimento e de muitos administrativistas, possui natureza constitucional⁵⁷.

⁵⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento constitucional da obrigação de motivar está implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito de apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão a direito (*Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102). Nesse último ponto discordamos do autor para afirmar o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º, XXXV) como garantia e não como fundamento do dever constitucional de motivação das decisões administrativas. Para perceber a diferença entre direitos, garantias e remédios ver nosso capítulo sobre direitos fundamentais.

A observância das regras do discurso constitui condição de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção. “Nenhum falante pode contradizer-se.” - Remete a regra lógica. Aponta-se que as regras lógicas se aplicam as proposições normativas, apesar de estas não serem susceptíveis a verdade. Para resolver o dilema, pode-se: (a) usar os valores “válido” e “inválido”, “lícito” ou “ilícito”, no lugar de “verdadeiro” ou “falso”; (b) demonstrar que a existência de expressões como “e”, “se... então”, “todos”, dentre outras, em enunciados normativos é razão para pensar que há relações lógicas de tais enunciados; (c) a construção de semânticas nas quais os enunciados normativos possam ser avaliados como verdadeiros ou falsos. A proibição de não contradizer-se se refere também à incompatibilidade deôntica. “Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita.” – Constitutiva para toda comunicação. Assegura, inclusive, a possibilidade de mentir, pois o engano só é concebível em razão do pressuposto regra que exige sinceridade. “Todo falante que aplique o predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes” – Refere-se à coerência do falante, aplicada a expressões valorativas. “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados” – Uma expressão deve ser utilizada apenas por quem estiver disposto a aplicá-la quando ela for aplicável. (ALEXY, 2005, p.191-192).

Busca-se, com as regras do discurso prático jurídico, estabelecer aquilo que se denomina *pretensão de correção*, em que a teoria do discurso oferece critérios, em situações específicas para a racionalidade do procedimento que conduz a determinada decisão⁵⁸.

*O discurso precisa do direito para obter realidade, mas também o direito precisa do discurso para obter legitimidade*⁵⁹. A legitimidade do discurso jurídico deve necessariamente fundar-se na transformação social – razão de existir do Direito.

⁵⁸ Para um aprofundamento sobre o assunto consultar: Robert Alexy: *Teoria da Argumentação Jurídica*; Chaim Perelman: *Tratado da Argumentação*. Arthur Schopenhauer: *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Manuel Atienza: *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Neil MacCormick: *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Victor Gabriel Rodríguez: *Argumentação Jurídica – Técnicas de persuasão e lógica informal*. Margarida Maria Lacombe Camargo: *Hermenêutica e Argumentação*. Écio Oto Ramos Duarte: *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

Como já advertia Marx em sua XI Tese sobre Feuerbach: *Os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo*. No que Heidegger o responde com a pergunta: *Interpretar já não é modificar?*⁶⁰ Respondendo a Heidegger, afirmamos: sim, quando a interpretação se concebe como concretização.

Outro marco teórico importante que percebemos no neoconstitucionalismo é a relação entre linguagem e interpretação.

A linguagem deve ser percebida enquanto ser (existencial), e não como terceira coisa que se interpõe entre o pesquisador e seu objeto de estudo, como a percebeu Heidegger e Gadamer. A linguagem é constituinte e possibilitadora da compreensão, através dela estabelecemos o nosso “ser-no-mundo”. Dirá Wittgenstein: *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*⁶¹, enquanto Gadamer afirmará: *o ser que pode ser compreendido é linguagem*⁶².

A linguagem não serve a uma série de reproduções verbais de fatos. Cada linguagem expressa determinada forma de vida: a colaboração de indivíduos por compartilhar modos de ação estabelecidos por convenções entendidas comumente. O fenômeno hermenêutico desenvolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente como interpretação⁶³.

Gadamer⁶⁴ conclui afirmando que não existe nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos.

⁶⁰ Com Heidegger a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica. Heidegger realiza na teoria o que Marx opera praticamente. Nesse sentido: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 13ª edição. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁶¹ *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas*. Tradução e prefácio: M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, proposição 5.6.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 512. Gadamer parte do postulado, criado por Heidegger, de que a compreensão já é sempre interpretação. Nesse ponto encontra-se sua divergência com Emilio Betti, para esse último, a interpretação é o caminho para se chegar à compreensão (BETTI, Emilio. *A interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. Cit.*, p. 612.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 631.

Afinal, quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete, partindo da sua pré-compreensão, antecipa um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio (pré-compreensão), que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Nessa idéia de revisão constante é que Gadamer desenvolverá a sua idéia de *círculo hermenêutico*⁶⁵.

Afirma English, na conclusão dos seus estudos em *Introdução ao pensamento jurídico*, naquela que seja talvez a lição mais importante de sua obra:

*(...) trata-se de superar um puro positivismo legalista e de permitir à voz do espírito objetivo ressonância no Direito. Mas a dilucidação teórica e a legitimação destes esforços conduz inegavelmente para além da heurística e da metódica jurídica enquanto tais, conduzem para o domínio do pensamento filosófico e dos particulares modos de conhecimento. Este domínio tem o jurista na verdade que o abranger no seu olhar e de o manter presente na sua visão como pano de fundo das suas reflexões*⁶⁶.

O Direito é um dos campos do conhecimento mais próximos da sociedade, sujeito aos influxos da pluralidade moral da humanidade, refletindo as diferentes idéias e valores que a integram e aberto às contribuições das demais ciências sociais, identificando-se como ciência compreensiva e fundada no ideal de solidariedade.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é a principal promessa do Estado Constitucional. É chegado o tempo de novas transformações, de *poesis* (criação) para que os “Órgãos de Soberania” estejam vinculados às promessas constitucionais.

Os processos formais e informais de mudança da Constituição representam, ou devem representar os reflexos da constante atualização do texto constitucional, para adaptá-lo ao contexto social em que é aplicado, principalmente pela centralidade que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico.

⁶⁵ Ibidem, p. 356.

⁶⁶ *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 387.

Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é elemento estabilizador da própria identidade⁶⁷.

É inegável que diversas realidades sociais existentes no Brasil encontram-se em plena desconformidade com o texto constitucional, é o que Konrad Hesse denomina *realidade inconstitucional*⁶⁸, o importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para essa realidade e fazer aquilo que é necessário para impedir o seu nascimento, ou pô-la novamente em conformidade com a Constituição. Nas palavras de Hesse:

*A consideração e argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do complemento por considerações político-constitucionais que visam a isto, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou então modificar a Constituição*⁶⁹.

Destarte, há que se questionar a própria efetividade dos parâmetros constitucionais estabelecidos para tutela dos direitos fundamentais, propiciando tutela adequada às necessidades humanas, com o objetivo de conferir maior proximidade entre texto constitucional e contexto social e assim criar o que Canotilho chama de *identidade reflexiva*⁷⁰.

A Constituição é o principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas. Traduz-se no instrumento jurídico conformador do Estado, seu projeto político fundamental.

A Constituição viva é a Constituição concretizada.

⁶⁷ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1057.

⁶⁸ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20ª edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 47.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 60 *et. seq.*

⁷⁰ A *identidade reflexiva*, termo que Canotilho vai buscar em Luhman (Selbstreflexion des Rechtssystems, in *Rechtstheorie*, 1979, p. 159 *et seq.*), se garante no momento em que se dota a constituição da capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos.

4. Proposta de Trabalho

Konrad Hesse afirma que a força normativa de Lei Fundamental não reside apenas na adaptação inteligente a uma dada realidade, ela também a condiciona na medida em que impõe tarefas e estas são efetivamente realizadas. Aqui se realiza a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) e não somente a vontade de poder (*Wille zur Macht*)⁷¹.

No capítulo II cuidamos de delinear os institutos que fundamentam a compreensão do pensamento solidarista, com a prévia análise da vinculação e condicionamento recíproco entre o pensamento jurídico contemporâneo e o ideal de solidariedade, que, como ideal, transcende as barreiras da ciência do direito. Ao final fizemos breve incursão nos reflexos jurídicos do princípio solidarista em face do Estado dualista, redefinindo o *regime constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico*.

O Capítulo III foi reservado ao estudo do Estado Constitucional Solidarista. Nele, cuidou-se de identificar os novos fundamentos teóricos e filosóficos do Estado Constitucional, partindo das implicações da Solidariedade nas decisões políticas fundamentais da República Federativa do Brasil (República, Federalismo, Democracia e Separação de Funções Estatais), passando por profunda análise do princípio da Cooperação e dos reflexos jurídicos da nova realidade interconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando cursos de ações a serem seguidos pelos intérpretes e aplicadores da Constituição⁷².

No Capítulo IV tratamos dos direitos fundamentais no Estado Solidarista, compreendendo os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais.

⁷¹ *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁷² São intérpretes, aplicadores e concretizadores da Constituição, dentro da proposta de Peter Häberle (*Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997), além dos Órgãos de Soberania (Executivo, Legislativo e Judiciário), todos os operadores do direito, bem como os indivíduos inseridos no plano de eficácia jurídica ou social da norma constitucional.

Fizemos estudo e sistematização de novos critérios de ponderação no momento da solução de conflito entre direitos fundamentais, passando pela eficácia horizontal e buscando sua máxima efetividade através do que se denominou cidadania solidária.

No Capítulo V objetivamos identificar o sistema constitucional de proteção e concretização do Mínimo Existencial, estabelecendo inicialmente novos parâmetros de aferição do seu conteúdo, como a proibição de retrocesso, o dever de solidariedade e a inaplicabilidade da reserva do possível, todos filosófica e juridicamente orientados pelo pensamento possibilista desenvolvido por Häberle em seu *Pluralismo y Constitución*.

O Capítulo VI encerra a dissertação debatendo os marcos teóricos e filosóficos representados pela construção do Estado Constitucional Solidarista e apontando novas possibilidades de concretizá-lo.

Esse estudo tem por objetivo, demonstrar que não existe outro caminho para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através da nova realidade constitucional denominada Estado Solidarista, parafraseando o que Deepak Chopra diz sobre o amor, conclui-se: *este Estado não é algo que sentimos. É algo em que nos transformamos*.

Deixemos em aberto o caminho para a concretização do pensamento solidarista, compreendendo a historicidade das idéias-força que o impulsionaram, sem, no entanto, nos anularmos para que a história se revele em nosso lugar, mas refletindo dialeticamente sobre a historicidade da própria compreensão, apresentando a visão de solidariedade tanto útil quanto necessária à realização do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Capítulo II

DO PENSAMENTO SOLIDARISTA

Todos têm deveres para com todos, mas ninguém tem direito algum propriamente dito. Ninguém possui outro direito que não seja o de cumprir sempre o seu dever.

Augusto Comte⁷³

1. Introdução ao Pensamento Jurídico

O avanço que o pensamento jurídico apresenta atualmente é resultado, em grande parte, da afirmação das conquistas alcançadas por diversas áreas de investigação, dentre elas: a teoria da argumentação e do discurso racional, a hermenêutica filosófica, a sociologia jurídica, a filosofia do direito, a ciência jurídica e a teoria da constituição. Esta última, muito mais em decorrência da incansável luta em busca da efetividade dos direitos fundamentais e, conforme propomos, do esforço para concretizar as promessas do Estado Constitucional por meio dos laços de solidariedade.

Num sentido muito genérico, sem precisar a diversidade que as correntes do pensamento possam apontar, colaboraram para esse novo momento de raciocínio e compreensão do fenômeno jurídico, o neoconstitucionalismo e seu marco teórico no processo de concretização da Constituição.

Prodigiosa aventura nos proporciona a filosofia do direito contemporâneo. Mas, acima de tudo, aventura que deve necessariamente descer à terra em busca de conquistas sociais, econômicas, culturais, políticas, ambientais, enfim, tudo quanto proporcione concretas melhorias nas condições de vida dos seres humanos.

⁷³ *Système de Politique Positive*. Paris: Mathias. Tome I, 1851, p. 351.

Empreendemos o mesmo esforço de Ricoer, impugnando os pressupostos da “hermenêutica psicologizante” a partir da filosofia do discurso. Os pressupostos da hermenêutica psicologizante provêm de um duplo mal entendido que leva a atribuir uma tarefa errônea à interpretação, exprimido no famoso slogan “compreender um autor melhor do que ele a si mesmo se compreendeu”⁷⁴.

Nossas ações constituem, antes de tudo, reflexo dos nossos pensamentos. À pergunta sobre o pensamento jurídico contemporâneo e sua capacidade de propor soluções aos problemas concretos da vida em sociedade, dirigimos as reflexões a seguir propostas.

Tal questionamento é tema sensível. Ele diz respeito à necessidade de perceber a insuficiência de muitas teorias e correntes de pensamento para compreensão do fenômeno jurídico e da sociedade.

Michel Villey, concluindo seus estudos sobre a formação do pensamento jurídico moderno, recoloca em questão os princípios da filosofia moderna. Levando em consideração a humilde realidade da ordem social temporal, pôde constatar a insuficiência da filosofia moderna para explicar essa realidade. O pensamento jurídico moderno não conseguiu resistir à sedução de filosofias extrínsecas – filosofias de moralistas, de místicos ou de físicos –, filosofias elaboradas com desconhecimento do direito, a partir das quais ninguém pode reconstruir o direito⁷⁵.

Nesse mesmo sentido observa Kaufmann: *Um filósofo do direito que se queira competente deve “sentir-se em casa”, tanto na ciência do direito quanto na filosofia*. Questionando-se sobre qual das filosofias do direito será pior, a dos “puros filósofos”, ou a dos “puros juristas”, dever-se-á responder que são igualmente más⁷⁶. Ambas constituem orientações parciais do pensamento jurídico.

⁷⁴ *Teoria da Interpretação – o discurso e o excesso de significação*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1976, p. 34.

⁷⁵ *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 755.

⁷⁶ *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25

Daí a feliz observação de Kaufmann, acompanhado por Jaspers⁷⁷, o qual afirma que a *formação de escolas* contradiz a natureza da filosofia, e acrescentamos: do próprio direito. Tais escolas podem ter muitos méritos, mas, mais tarde ou mais cedo, acabam por degenerar num dogmatismo⁷⁸ que deixa de ser capaz de se abrir a outras correntes conduzindo, assim, a um endurecimento, a uma incrustação até a absolutização da “opinião da escola”. Todos os absolutismos, todas as fórmulas precisas, exatas – “ordem é ordem” e “lei é lei”, ou também “direito é Justiça” – todas elas escondem, segundo Kaufmann, a essência de falsidade e inflexibilidade⁷⁹.

Só o que está em aberto, o incompleto, o que questiona está vivo.

Outra consideração importante diz respeito à nossa opção por considerar a ciência do direito uma ciência aberta, compreensiva e axiologicamente orientada como a define Larenz⁸⁰, fundada no pensamento solidarista defendido por Duguit⁸¹, mas, acima de tudo, permeada pela liberdade filosófica que nos proporcione a flexibilidade necessária à percepção do direito em indissociável conexão com a realidade social.

Hegel, tratando da postura da filosofia em face da realidade, no prefácio dos *Princípios da Filosofia do Direito*, diz que “no que respeita ao indivíduo, cada um é, aliás, um filho do seu tempo”, no mesmo sentido Ortega y Gasset afirma: “eu sou eu e minhas circunstâncias”⁸². O pensamento jurídico contemporâneo identifica-se reflexivamente com a realidade social do seu tempo, suas crises, conquistas, acertos, limites e possibilidades, mas, acima de tudo, com suas esperanças.

Quando Radbruch afirma que “cada época tem de reescrever a sua ciência jurídica”⁸³, isso vale ainda mais para o pensamento jurídico, pois, tomar determinada época passada como a nossa é tão impossível quanto voltar a realizar uma antiga obra de arte⁸⁴.

Mas, o que é o pensamento jurídico contemporâneo? Quais são as suas conquistas e contribuições para a compreensão do fenômeno jurídico?

⁷⁷ *Philosophie I*. 3. ed., 1956, p. 285. Ver também: JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

⁷⁸ A dogmática é, segundo Kant (*Crítica da razão pura*, p. XXXV) “o procedimento dogmático da razão pura, sem uma crítica prévia da sua própria capacidade”. O dogmático parte de pressupostos tidos como verdadeiros (*a priori – ex datí*), sem dispor de provas dessa veracidade.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 33-34.

⁸⁰ *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 282.

⁸¹ *Fundamentos do Direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 19.

⁸² *Apuntes sobre el pensamiento, su teurgia y su demiurgia*, in: *Obras Completas*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1973.

⁸³ *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 222.

⁸⁴ Nesse sentido: JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*, cit., p. 109.

Conforme English, o pensamento jurídico diz respeito à aplicação do direito às concretas situações da vida⁸⁵. Esse pensamento, por vezes, dedica-se aos problemas da elaboração de juízos jurídicos concretos a partir da regra jurídica, especialmente o problema da subsunção, forma de raciocínio próprio da escola positivista, da qual English se afasta⁸⁶, até porque sua teoria não se concentra exclusivamente no fenômeno da subsunção, vai mais além.

A premissa maior jurídica, com a qual se combina a menor, é ela própria, o resultado de penetrante atividade do pensamento jurídico, até porque a subsunção contida na premissa menor (os fatos) nos remete para a “interpretação” da lei e, dessa forma, para a atividade mental realizada em torno da premissa maior⁸⁷.

Superando os métodos clássicos de interpretação e as considerações propostas por Savigny, Enneccerus, Zweigert e outros, em torno dos métodos literal, lógico-sistemático, histórico e teleológico, *exigem-se* novas considerações em torno do pensamento jurídico desde o princípio da “*interpretação conforme a Constituição*”, passando pelo juízo de *ponderação* e por reflexões propostas pela *hermenêutica filosófica*.

No que se refere à interpretação conforme a Constituição, importante observar a decisão do BVerfGer vol. 2, p. 266 *et seq*, apontada por English como paradigmática⁸⁸. Trata-se da conformidade ou desconformidade à Constituição da Lei de acolhimento de 22.8.1950, § 1, secção 2, que parece conferir aos habitantes da zona oriental e de Berlim leste um direito à autorização de estadia na República Federal apenas quando existisse um perigo para a integridade física e a vida ou para a liberdade pessoal. Esta limitação à livre circulação de pessoas parecia contrária ao art. 11, sec. 2 da Lei Fundamental. O BVerfG pôde declarar a Lei de acolhimento como conforme a Constituição, interpretando-a no sentido de que, verificados os pressupostos da Lei Fundamental em seu § 11 sec. 2, a autorização de residência teria de ser concedida *sem mais* e de que, *quanto ao mais*, seria de verificar caso por caso se existiam os pressupostos constitucionais para denegação da autorização.

⁸⁵ *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 77 et seq

⁸⁶ *Op. Cit.* p. 78: “(...) para excluir, desde logo, a posição *positivista-normativista*, basta lembrar que é função da Administração, e em parte também dos tribunais, moldar a vida da comunidade estadual segundo pontos de vista de prática utilidade e de equidade, inclusive, pois, segundo critério discricionário ou de *livre estimativa*”. p. 387: “(...) importam ao jurista, de superar um puro *positivismo legalista* e de permitir à voz do ‘*espírito objetivo*’ ressonância no Direito”.

⁸⁷ *Ibidem*, p.115-116.

⁸⁸ *Ibidem*, p.159.

O BVerfG pressupõe repetidas vezes – quando não sempre – explicitamente que a interpretação conforme a Constituição é chamada a, no caso de teor literal com *vários sentidos*, escolher entre os sentidos possíveis aquele que melhor se harmonize com a Lei Fundamental e os seus princípios⁸⁹.

Assim, o princípio da interpretação conforme a Constituição ganha relevância quando a norma legal objeto de controle se apresenta com *mais de um sentido ou significado* (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo prevalecer o sentido que possibilite a sua conformidade com a Constituição⁹⁰.

Atualmente, a interpretação conforme a Constituição, além de princípio de interpretação, vem sendo equiparada à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto⁹¹. Em tais casos, não se declara a inconstitucionalidade da norma, mas o Supremo Tribunal Federal diz que tal ou qual interpretação pode conduzir à incompatibilidade da lei com a Constituição, fazendo prevalecer a interpretação conforme a Constituição⁹².

Em nosso ordenamento esse princípio foi recepcionado pelo art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 (norma reguladora do processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal):

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública federal, estadual e municipal.

Outro aspecto importante da interpretação conforme a constituição é percebê-la como sustentáculo da supremacia das normas constitucionais.

⁸⁹ Nesse sentido: K. ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*. p. 159; K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*. p.329. R. ZIPPELIUS, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. p. 112; K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 79, 305 e 570; P. SCHNEIDER e H. EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*. p. 29, 58 e 74.

⁹⁰ Cf.: CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Edições Podivm, 2008, p. 221-222.

⁹¹ *Op. Cit.* p. 223; Rp. 1.417, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ n. 126, p. 48.

⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 113.

A interpretação conforme a Constituição é princípio de interpretação constitucional, pois, também a Constituição ingressa no seu processo de concretização na condição de norma paradigma. É, porém, muito mais, princípio de interpretação das normas infraconstitucionais, que visa proteger não apenas a unidade da constituição, mas, dentro da idéia de interpretação sistemática, manter a unidade do próprio ordenamento jurídico, reforçando a supremacia da Constituição.

Torna-se relevante compreender tal princípio sob as considerações em torno do princípio da máxima efetividade. Nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto:

No momento em que o maior clamor ouvido diz respeito à concretização da norma constitucional, o princípio da máxima efetividade não é apenas mais um postulado dentro do plexo principiológico da ciência do direito constitucional. É, para nós, o princípio mais importante na interpretação da constituição, se se quiser visualizar, no mundo físico, os efeitos próprios e esperados pelo constituinte originário quando lançou as bases e o programa da comunidade política⁹³.

É partindo do reforço que lhes oferece o princípio da máxima efetividade, que as normas infraconstitucionais plurissignificativas, além de serem interpretadas em conformidade com a Constituição, devem ser interpretadas atribuindo-lhes o significado que maior eficácia ofereça ao texto constitucional, especialmente ao seu objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3º, I, Constituição da República Federativa do Brasil).

Outro momento importante na compreensão e concretização da Constituição foi a inserção do novo raciocínio jurídico denominado *ponderação*, superando o raciocínio por subsunção, próprio do modelo de regras (premissa maior: preceito normativo → premissa menor: fatos → resultado: construção da norma de decisão).

Com a ponderação existe maior abertura ou densidade normativa na premissa maior, ou como aponta Ana Paula de Barcellos: *diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias*⁹⁴.

⁹³ O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional. São Paulo: LTr, 1999, p. 35.

⁹⁴ Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. *Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

O raciocínio por ponderação é inseparável da concretização dos princípios constitucionais, em que pese Humberto Ávila estender sua aplicação também para a norma do tipo regra⁹⁵. Outros autores alargam o alcance da ponderação para definição de conceitos jurídicos indeterminados, ou até mesmo percebem-na quando da ineficácia social da norma jurídica, num suposto conflito da norma com sua não-aplicação. Não vamos tão longe. A ponderação é processo racional e juridicamente orientado, tem seus limites, vejamo-los.

A ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades⁹⁶. Remete substancialmente às regras que orientam o discurso racional (teoria da argumentação) e fundamentalmente à preservação da efetividade, unidade e harmonia dos princípios constitucionais.

O propósito da ponderação é solucionar conflitos entre princípios oferecendo parâmetros adequados para sua preservação no momento de construção da norma jurídica. Do enunciado normativo se extrai uma série de conseqüências situadas no seu universo possibilista (jurídica e racionalmente limitado), chegando-se à norma de decisão.

A ponderação de bens, conforme Karl Larenz⁹⁷, não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é processo racional que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, por até certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável.

A ponderação de bens no caso concreto é método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta regra expressa na lei –, para delimitar uma das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto⁹⁸.

Quando ocorre colisão entre direitos deve-se harmonizá-los para preservar, sempre que possível, o núcleo essencial de ambos, mantendo a unidade da Constituição em face do pluralismo e da conflitualidade sempre presentes em nossa realidade constitucional.

Cada norma constitucional possui seu âmbito de proteção que determina a extensão dessa proteção e as restrições constitucionalmente autorizadas.

⁹⁵ *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

⁹⁶ Ver, a respeito, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

⁹⁷ *Op. Cit.*, p. 587.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 587.

Como exemplo de tais restrições, podemos citar a liberdade de escolha da profissão. Preceitua o art. 5º, XIII da Constituição de 1988: *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.* Aqui ocorre a *reserva de lei restritiva*. A lei infraconstitucional poderá limitar o exercício da profissão, a exemplo da exigência de aprovação no exame da ordem dos advogados para exercício da advocacia.

Já a proteção à intimidade decorrente da inviolabilidade do domicílio sofre restrições exclusivamente constitucionais (flagrante delito ou desastre, prestação de socorro, determinação judicial durante o dia – art. 5º, XI) é o que Canotilho denomina *limites constitucionais imediatos*⁹⁹, aqui, a própria norma constitucional estabelece os seus limites.

Esse o ponto de partida para solução de conflito entre direitos fundamentais. O passo seguinte refere-se às relações recíprocas entre os direitos colidentes, as refrações produzidas quanto ao correto entendimento e harmonização de um princípio em relação ao outro, preservando o núcleo essencial de ambos. Orienta-se tal processo pelo princípio da concordância prática, no qual, segundo Canotilho, *a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, apenas aponta para a tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles*¹⁰⁰.

No princípio da concordância prática ou harmonização, busca-se alcançar a coordenação e combinação entre bens jurídicos em conflito de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Assim, a incidência do princípio da concordância prática, em seu aspecto substancial (aspecto material), consiste em que todos os atos públicos ou privados que venham a privar a pessoa da sua liberdade ou de seus bens, ou de quaisquer direitos fundamentais, devem ser regidos pela *proporcionalidade*¹⁰¹ e *razoabilidade*¹⁰².

⁹⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1259

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 1171.

¹⁰¹ Sobre a origem e o sentido do princípio da proporcionalidade, cf. Suzana de Toledo Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 33 et seq. Cf. ainda: Enrique Ruiz Vadillo. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*. Madrid : Colex, 1997. p. 112 et seq.

¹⁰² Vide a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Melo, no RE n. 374.981, em 28.03.2005. Entendemos que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao lado das regras do discurso racional são normas jurídicas de natureza constitucional decorrentes do regime e dos princípios adotados por nossa Constituição. O Tribunal Constitucional Alemão procedeu de modo similar ao considerar as regras da lógica como normas de Direito não-escritas (sem dispositivo legal).

Com as considerações em torno dos fatores racionais e normativos que orientam o processo de ponderação, além de se privilegiar a força normativa da Constituição, fixam-se critérios seguros de fundamentação e correção das decisões judiciais que envolvam colisão entre normas principiológicas.

Alexy trabalha com a hipótese de que todos os direitos fundamentais possuem a natureza jurídica de princípio. Nas palavras do professor da Universidade de Kiel: *direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível*¹⁰³.

Importante esclarecer que também as regras devem ser realizadas de maneira otimizada¹⁰⁴, principalmente as regras constitucionais em face do princípio da máxima efetividade. Tal percepção levou Alexy a concluir que a diferença entre regra e princípio é qualitativa e não de grau¹⁰⁵. Com relação às regras não se processa ponderação: ou elas são cumpridas ou não. Não ocorre ponderação em sentido técnico-jurídico¹⁰⁶.

Aponta Claus–Wilhelm Canaris que os princípios não devem, fundamentalmente, ser colocados num quadro de exclusividade. Os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas¹⁰⁷.

Ressalte-se que a ponderação não se confunde com a interpretação. Ensinava Canotilho que:

A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens¹⁰⁸.

¹⁰³ Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, nº 24, 2005, p. 339. Em: *Teoría de los derechos fundamentales: el derecho y la justicia*. Madrid: CEPC, 2002, p. 83 et seq. Alexy fará a seguinte distinção: As regras são comandos de definição e os princípios são comandos de otimização. Os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, e as regras são normas com grau de generalidade baixo.

¹⁰⁴ Cf.: SILVA NETO, Manoel Jorge. *O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁰⁵ *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 87. "(...) las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

¹⁰⁶ Em sentido contrário: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52.

¹⁰⁷ *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92-93.

¹⁰⁸ *Op Cit.*, p. 1221.

Constituindo a ponderação processo normativa e racionalmente orientado e conformado pela concordância prática entre os valores constitucionais fundamentais, a construção da norma de decisão, que se dará sempre no processo de concretização da norma, deverão ser observados os fatores jurídicos e racionais que orientam a ponderação.

Inicialmente, devemos considerar os fatores de ponderação lógico-jurídicos, que são os aspectos que conferem racionalidade, correção e efetividade ao processo hermenêutico-concretizador das normas em colisão.

A pretensão de correção inserida na racionalidade discursiva é o móvel do constitucionalismo discursivo defendido por Alexy¹⁰⁹.

Por outro lado, a pretensão de eficácia é o móvel do constitucionalismo possibilista voltado para a máxima efetividade das normas constitucionais.

Os fatores de ponderação lógico-jurídicos são aqueles fatores construídos *a priori*, com pretensão de validade universal para todo e qualquer ordenamento jurídico-constitucional. Eles funcionam como condicionantes de todo e qualquer processo de ponderação. São fatores que não estão vinculados às variações do ordenamento jurídico positivo de determinado Estado.

Teran¹¹⁰, ao tratar dos conceitos jurídico-positivos, afirma que estes somente são aplicáveis a esfera de validade determinada quanto ao espaço e quanto ao tempo, pois está sujeita mesmo à vigência do direito em que se apóia em sentido histórico. Em suas palavras:

(...) cuando se formula un concepto lógico que sirve de base para la conceptualización jurídica positiva, esa noción se formula con pretensión de validez universal. Esto es, lo mismo la conceptualización positiva de un orden jurídico que la de otro orden jurídico, tienen que aplicar ese concepto lógico.

Os fatores de ponderação lógico-jurídicos são obtidos *a priori*, enquanto os fatores de ponderação jurídico-positivos são obtidos *a posteriori*¹¹¹. Os primeiros são invariáveis, enquanto os jurídico-positivos sofrem as variações que normalmente ocorrem no ordenamento em virtude dos processos de mutação formal e informal do direito legislado.

¹⁰⁹ *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19 *et seq.*

¹¹⁰ *Filosofía del Derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1967, p. 81-82

¹¹¹ Em sentido vulgar, conforme afirma Teran, *a priori* e *a posteriori*, significam, respectivamente, antes ou depois de que algum acontecimento suceda. *Op. cit.* p. 84.

O primeiro fator lógico-jurídico a ser observado é a razoabilidade. Ela começa pela identificação dos parâmetros de coerência, unidade e sistematicidade em que se produzam discursos racionais capazes de conferir fundamentação livre de argumentos absurdos. A razoabilidade é o primeiro filtro da ponderação e trabalha com considerações situadas no *plano da existência*. A sanção para a violação da razoabilidade é a inexistência.

Diversamente, a proporcionalidade, trabalha com as considerações que já passaram pelo crivo da razoabilidade e passam agora a pertencer ao *plano de validade*. A sanção para violação do dever de proporcionalidade é a nulidade do ato.

Cabe aprender com Alexy que o princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia da otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Os dois primeiros princípios dizem respeito às possibilidades fáticas. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, onde, quanto mais alto for o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro¹¹².

Ocorre que a ponderação proposta no presente estudo vai mais além, não sendo necessário haver conflito entre princípios para que se processe a ponderação, basta que exista quadro de violação ou ameaça de lesão àquele tipo de norma (princípio); aqui, a ponderação pode também se verificar, por exemplo, entre: o direito fundamental e o seu não-cumprimento¹¹³.

Colocamos o raciocínio por ponderação como próprio da concretização dos princípios, permanecendo a subsunção como raciocínio próprio da concretização das regras (lembrando que não é a mesma subsunção simplista do positivismo jurídico, mas resultado dos principais avanços da hermenêutica filosófica e concretizante). Também ocorre ponderação no conflito entre regras e princípios.

¹¹² Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, nº 24: 334-344, 2005. p. 338.

¹¹³ Nesse sentido, porém, divergindo do nosso posicionamento com relação à aplicação da ponderação para norma-regra: ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*, p. 52. Em suas palavras: *A ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios*. Em nosso entendimento, todos os exemplos fornecidos por Ávila de conflito entre regras, envolvem ponderação por tratar-se de princípios e não de regras.

São os fatores de ponderação lógico-jurídicos que oferecem o suporte teórico necessário à sistematização do processo de ponderação. Ocorre que os fatores lógicos não ingressam nas particularizações necessárias à solução dos diversos casos concretos. Essas particularizações dizem respeito ao regime jurídico dos bens constitucionalmente tutelados e integram o seu conteúdo dogmático, inserindo-se no que denominamos fatores de ponderação jurídico-positivos.

A presente dissertação não comporta realizar estudo sistematizado dos fatores de ponderação jurídico-positivos, devido às inúmeras possibilidades de sua ocorrência, basta observarmos que tais fatores estão sujeitos às variações do ordenamento jurídico-positivo, tais variações podem inclusive afastar o processo de ponderação, como bem observou Manoel Jorge e Silva Neto com relação ao novo enunciado do art. 93, IX da Constituição Federal¹¹⁴, alterado pela Emenda Constitucional 45/2004. Conforme o atual dispositivo constitucional, presenciado, *in concreto*, o interesse público à informação, cederá sempre o direito à intimidade em favor da liberdade de informação¹¹⁵.

Apesar de ter o citado fator jurídico-positivo de ponderação estabelecido prevalência do referencial de igualdade (interesse público à informação) em relação ao referencial individual (preservação do direito à intimidade), permanecem os demais fatores de ponderação. A citada Emenda Constitucional estabeleceu critério jurídico-positivo, o que não significa abrir mão dos demais fatores jurídico-positivos que possam existir e dos lógico-jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade, justiça e eficiência)¹¹⁶.

Pelo próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, em que se busca a sua efetividade, o *plano de eficácia* (produção de efeitos) é orientado pelo fator de ponderação da eficiência. Nesse aspecto cabe ao intérprete oferecer solução que realize no plano fático a maior efetividade possível, observando-se o contexto de concordância prática e harmonização dos princípios colidentes.

¹¹⁴ Transcrição do dispositivo constitucional: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹¹⁵ *Direitos fundamentais na EC N. 45/2004*. In: *Reforma do Judiciário*. Coordenação: Fredie Didier Jr., Edvaldo Brito, Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 149 *et seq.* Observa também SILVA NETO que não ficam prejudicados os direitos previstos no art. 5º, X, da Constituição, e que se relacionam à vida privada, à imagem e à honra, principalmente porque será a intimidade o único direito individual que não poderá ser objeto da técnica de ponderação de valores (*Op. Cit.* p.150)

¹¹⁶ Nesse sentido, ver: OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira. Fatores de Ponderação – procedimento discursivo e normativo. *Revista do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado da UFBA*. Nº 13. Salvador: UFBA, 2007.

Na análise do processo de ponderação, constatamos a necessidade da obtenção do horizonte de interpretação. Gadamer reconhece esse horizonte como uma fusão de horizontes¹¹⁷. Sua obtenção se concretiza numa alta pré-compreensão da Constituição (do seu programa normativo e do domínio normativo). Através da ponderação, o texto constitucional deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a linguagem que alcance o outro. Assim, a ponderação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto constitucional realmente fale e, conseqüentemente, se concretize.

Disse Hegel que tornar o Direito, por causa da sua formulação, apenas acessível àqueles que sobre ele eruditamente se debrucem, constitui injustiça igual àquela que o tirano Dionísio cometeu quando mandou postar as tábuas da lei tão alto que nenhum cidadão as pudesse ler¹¹⁸.

A leitura que fazemos hoje do pensamento jurídico é a de que sua teorização deve necessariamente produzir transformações na sociedade, deve alcançá-la. O sujeito é ser no mundo, é parte integrante dele, deixá-lo alheio ao processo político ou defender modelo de democracia ou de ciência conduzido por “sábios” é igualmente tirânico.

Assim é que o direito deve buscar sempre a linguagem mais simples e acessível a todos, em suas disposições normativas (dever solidário do legislador); em suas construções teóricas (dever solidário dos cientistas e filósofos do direito); em sua interpretação e concretização (dever solidário da sociedade aberta de intérpretes e aplicadores do direito¹¹⁹).

Os *processos* judiciais, legislativos, administrativos, negociais, devem estar abertos ao debate democrático, racional e axiologicamente orientado. Essa orientação axiológica é muito bem percebida no formalismo valorativo abordado por Carlos Alberto Alvaro em obra¹²⁰ que se tornou referência no assunto.

¹¹⁷ *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 514. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto. (*Op. Cit.* p. 399)

¹¹⁸ Cf.: ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 139.

¹¹⁹ Utilizando a concepção de Häberle em sua obra: *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

As quatro paredes da sala de aula constituem espaço muito limitado para construir o conhecimento, este verdadeiramente se constrói na e para a sociedade, num diálogo constante entre todos os seus atores sociais. O palco para exercício das idéias e do pensamento solidarista é o mundo, cada dia mais carente de solidariedade e mais preso à mentalidade tacanha de egoísmo pessoal e isolamento.

Não foi por acaso que a atividade de ensino nos atraiu, pois na docência pudemos perceber o quanto de solidariedade está presente na relação professor-aluno-sociedade. Perceber a realidade do outro, incluí-lo, afirmá-lo, acreditar e fazer com que cada ser acredite em si e no potencial transformador que o Direito oferece, esse é o nosso desafio.

Na ciência e no ensino a entrega deverá ser total. A solidariedade é o seu móvel tanto metodológico quanto lógico, pois não se faz ciência para si e sim para a humanidade. Ensinar é exercer função social¹²¹, nem mais nem menos digna que qualquer outra, é percorrer esse caminho iluminado por estrelas que chamamos alunos, cada um com seu brilho especial.

Nesse sentido propomos a reestruturação dos currículos e programas universitários para aproximar o jovem estudante de projetos sociais solidaristas (extensões universitárias) onde a cidadania e a efetividade dos direitos saem do plano teórico para a prática.

O estudante deve viver a solidariedade, contribuindo com a defesa do meio ambiente, lutando pela afirmação dos direitos das minorias, criando organizações em defesa dos direitos fundamentais, oferecendo cursos profissionalizantes para comunidades carentes observando o potencial econômico da sua região, estabelecendo parcerias com as mais diversas instituições sociais e setores produtivos existentes dentro do seu espaço político, visitando as comunidades carentes, vivenciando seus problemas e estabelecendo diálogo permanente entre ciência e realidade social, de forma sempre democrática e pluralista.

*A minha alma está armada e apontada para a cara do sossego, pois paz sem voz não é paz é medo. (...) As grades do condomínio são para trazer proteção mas também trazem a dúvida se não é você que está nessa prisão*¹²².

A liberdade que queremos exige que lutemos uns pelos outros em busca da igualdade, o caminho para conquistá-las é através da solidariedade.

¹²¹ Função social é o desenvolvimento de qualquer atividade que venha reforçar os laços de interdependência social tendo o ser humano como fim e decorre da divisão social do trabalho.

¹²² YUKA, Marcelo. *Minha Alma (a paz que eu não quero)*. Trechos de música da banda: O Rappa.

2. Introdução ao Pensamento Solidarista

Do ensinamento de Zenão – escoliasta, Proculus retira uma imagem cosmológica da solidariedade: *Se o mundo é constituído por uma alma única, é necessário que haja simpatia entre as partes que a compõem.* Um século mais tarde, Panécio de Rodes, amigo do historiador Políbio, dos círculos aristotélicos de Roma, evocará o sonho de uma sociedade universal e fraternal¹²³.

Cultiva-se a idéia de sociedade universal onde o indivíduo é um elemento tanto mais ativo quanto estiver consciente de nela participar, como bem observa Duvignaud¹²⁴. Essa solidariedade do homem para com a humanidade é claramente perceptível em Cícero no seu *Tratado dos deveres*:

É importante, pensam os estóicos, que se saiba bem que é a natureza que faz com que as crianças sejam amadas pelos pais: é o ponto inicial donde procede a sociedade universal do gênero humano que descrevemos (...) Donde se segue que, em geral, os homens são confiados pela natureza uns aos outros: pelo fato mesmo de ser homem, um homem não deve ser estranho a outro homem.

Marco Aurélio vai mais além no sonho de uma solidariedade universal, aproximando-se da virtude próxima à caridade ou do amor ao próximo: “Num sentido, o homem é o ser mais próximo de nós, de tal modo que devemos ser benfeitores e tolerantes para com os homens” (*Pensamentos*). Afirma ainda o “imperador esclarecido”: *Mesmo que os deuses em nada se ocupem de mim, sei que sou um ser racional, que tenho duas pátrias, Roma enquanto Marco Aurélio, o mundo enquanto homem, e que o único bem é o que é útil às minhas duas pátrias.*¹²⁵

¹²³ DUVIGNAUD, Jean. *A solidariedade – Laços de Sangue e Laços de Razão*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986, p. 16.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 18

¹²⁵ Cf.: *Op. Cit.* p. 19

Nascido do choque de idéias e diversas formulações teóricas ao longo do século XVIII e XIX¹²⁶, ressurgue o solidarismo, através da idéia de direito social que emerge com Grotius, com Leibniz¹²⁷, com os fisiocratas do século XVIII, com os enciclopedistas, que animam a Revolução Americana e dá forma a essa federação, que inflama a França de 1789 a 1791, e que os jacobinos perverterão. Idéia que ressurgue entre filósofos e pensadores sociais, de Fichte a Proudhon, que Marx admite e depois recusa, que reencontramos na Comuna de Paris. Uma imagem nova, sem dúvida, que evoca simultaneamente a autonomia dos grupos perante o Estado e a cumplicidade dos homens face aos poderes¹²⁸.

Viu-se no termo “solidariedade”¹²⁹ a deformação do latino *solidus*, que designa, entre os juristas romanos, o laço que une entre si os devedores de uma quantia, de uma obrigação, em relação à qual cada um é responsável pelo todo¹³⁰. Sua etimologia é apontada por Jean Arnaud como substantivo abstrato formado sobre o adjetivo *solidário*, por sua vez derivado do latim *in solidum*, que equivale a “totalidade”, “o todo” (Cícero). Neste sentido, os primeiros textos do *Digeste*: “in solidum esse” (D. 13, 6, 5, 15) significa simplesmente a indivisibilidade no uso¹³¹.

Curiosidade histórica nos aponta Nicoletti ao afirmar que “solidariedade” foi pela primeira vez utilizada em 1840, no contexto da filosofia social, por um são-simonense, P. Leroux, que diz tê-la pedido emprestado aos legistas para introduzi-la em filosofia; trata-se de substituir a caridade cristã pela solidariedade humana. Porém, isto já era possível de ser encontrado nos textos de Voltaire ou de Chateaubriand, embora não num sentido específico. Leroux usa precisamente a solidariedade como elemento constitutivo essencial da sociedade e princípio do progresso de humanidade, antecipando assim a visão de Comte¹³² e, parcialmente, a de Durkheim¹³³.

¹²⁶ Nesse sentido: FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 187; DUVIGNAUD, Jean. *Op. Cit.*, p. 11.

¹²⁷ Essa idéia de reabilitação do direito social em Grotius e Leibniz deve-se a Georges Gurvitch: *L’Idée de droit social*. Paris: Librairie du Recueil, 1931.

¹²⁸ DUVIGNAUD, Jean. *Op. Cit.*, p. 11 et seq.

¹²⁹ Traduções: Alemão: *Solidarität*; Inglês: *Solidarity*; Espanhol: *Solidaridad*; Francês: *Solidarité*; Italiano: *Solidarietà*; Holandês: *Solidariteit*; Grego: *Αλληλεγγυη*; Russo: *Солідарность*; Japonês: 連帶; Coreano: 연대; Árabe: التضامن .

¹³⁰ *Op. Cit.* p. 11-12.

¹³¹ *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 766.

¹³² Comte considera a solidariedade como a grande lei natural que governa o conjunto dos fatos sociais, do ponto de vista tanto estático quanto dinâmico, a linha divisória entre a simples expressão biológica e a dignidade humana (ARNAUD, Jean, *Dicionário...*, cit., p. 768).

¹³³ *Ibidem*, p. 766-768.

A *solidariedade* é termo plurissignificativo. Em ética, é compreendida como “sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros” (Ibn Khaldoun, em *Moccad-dimat-Prolégomènes*, citado por Bell). Em teoria política, é “consciência acrescentada de direitos e de responsabilidades” (Cerroni). Em teoria do direito privado, é categoria específica de relações de obrigação, caracterizada pela unidade-integridade do vínculo obrigatório e a pluralidade de sujeitos. Em sociologia, é consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da similitude e da divisão do trabalho (Comte, *Curso... L. XLVIII*); é fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social (Durkheim); traduz-se em características das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros (Weber); é a Integração institucionalizada da cooperação (Parsons)¹³⁴.

Próxima à idéia de solidariedade, conforme sugerem Solari e Petrone, está a noção fischiana de *Gemeinde der Iche*, que irá dar em Hegel, cuja reflexão sobre o “nós” terá influência decisiva sobre a reflexão filosófica ulterior, de Husserl a Sartre, passando por Bérghson, Scheler e Ortega. Também a noção de comunicação proposta por Jaspers relaciona-se com a solidariedade¹³⁵.

A solidariedade é fato social, dirá Durkheim, seu estudo pertence ao domínio da sociologia¹³⁶, fato que só pode ser bem conhecido por intermédio dos seus efeitos sociais. O direito reproduz as principais formas de solidariedade social. Classificando as diferentes espécies de direito, o professor em Bordeaux e depois em Paris, identificará as diferentes espécies de solidariedade, em obra publicada em 1893 – *La division du travail social*.

O que faz com que, mesmo sendo mais autônomo, o indivíduo dependa mais intimamente da sociedade? Como pode ser cada vez mais individual e, ao mesmo tempo, sempre mais vinculado por laços de solidariedade? Questiona Durkheim¹³⁷.

¹³⁴ Ibidem, p. 766.

¹³⁵ Nesse sentido: ARNAUD, Jean: *Op. Cit.*, p. 767.

¹³⁶ *Da Divisão do Trabalho Social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.

34.

¹³⁷ Ibidem, p. 50.

A vida em sociedade não pode se estender em nenhum campo sem que a vida jurídica a siga simultaneamente nos mesmos relacionamentos. Em Durkheim, o direito é o “símbolo visível” da solidariedade social. Para analisar as diversas formas de solidariedade é que passa a analisar as diversas formas de direito¹³⁸.

Criticando a clássica divisão do direito em público e privado (tal divisão baseia-se numa noção tanto obscura quanto mal-analisada), Durkheim irá propor uma classificação da solidariedade social seguindo a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas¹³⁹.

Há dois tipos de sanção. Uma consiste essencialmente numa dor ou numa diminuição infligida ao agente, privando-o de algo de que desfruta. Diz-se que são *repressivas* – é o caso do direito penal. Quanto ao outro tipo, consiste no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, estando ligada à *reparação das coisas*. Existem, portanto, sanções repressivas organizadas ou sanções apenas repressivas¹⁴⁰.

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Assim, o direito penal simboliza a solidariedade por similitude, a que Durkheim denomina solidariedade mecânica. Todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, isto é, a sociedade que formam por sua reunião. A solidariedade, nascida das semelhanças, vincula diretamente o indivíduo à sociedade¹⁴¹.

Afirma Durkheim que é essa solidariedade que o direito repressivo exprime, pelo menos no que ela tem de vital. De fato, os atos que ele proíbe e qualifica de crimes são de dois tipos: ou manifestam diretamente a dessemelhança demasiado violenta contra o agente que as realiza e o tipo coletivo, ou ofendem o órgão da consciência comum. Essa força que é chocada pelo crime e que o reprime é a mesma; ela é produto das similitudes sociais mais essenciais e tem por efeito manter a coesão social que resulta dessas similitudes¹⁴².

¹³⁸ TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Tradução: Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004, p. 57.

¹³⁹ *Da Divisão do Trabalho Social*. p. 36. Durkheim não admite a existência de direito privado, acredita que todo direito é público, porque todo direito é social. Todas as funções da sociedade são sociais. (*Op. Cit.* p. 103)

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴¹ *Ibidem*, Capítulo II, p. 76-78.

¹⁴² *Ibidem*, p. 80.

Essa conexão que se estabelece entre os indivíduos, criando vínculo entre consciências individuais e consciência coletiva é fundamental para compreensão da solidariedade por similitude defendida por Durkheim e situa-se num nível mais psicológico que propriamente sociológico.

Já a solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica corresponde à sanção restitutiva. As relações reguladas pelo direito contratual, comercial, processual, administrativo e constitucional exprimem concurso positivo, cooperação que deriva essencialmente da divisão do trabalho¹⁴³.

Parte do direito civil tem, pois, como objeto determinar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico, exemplifica Durkheim¹⁴⁴. Essa divisão do trabalho familiar domina todo o desenvolvimento da família. O direito administrativo estabelece a divisão funcional dita administrativa. O mesmo ocorre com o direito constitucional no caso das funções governamentais e o sistema de divisão de competências.

Importante observarmos que a solidariedade fundamenta a divisão constitucional de funções governamentais, divisão que é fruto da solidariedade orgânica. Mas de nada adiantaria uma divisão de funções incapaz de cumprir os objetivos para os quais foram criados. Para que Judiciário, Executivo, Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública, e tantas funções estatais se a principal razão de existência da República não se cumpre? A quem cabe a tarefa de cumprir os objetivos fundamentais da República?

As reformas institucionais e políticas são necessárias, para que o Brasil deixe de ser *o país mais desigual dentro do continente mais desigual do mundo*, e afirme verdadeiramente a redução das desigualdades sociais como objetivo fundamental, construindo uma sociedade livre, justa e solidária.

A divisão do trabalho cria entre os homens todo o sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que as protegem. A divisão do trabalho social dá origem a regras que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas¹⁴⁵.

¹⁴³ DURKHEIM, Émile. *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 429.

Ao final de sua obra, Durkheim faz referência à idéia de justiça, que será desenvolvida por seu discípulo, Léon Duguit. Afirma Durkheim, que não basta haver regras, elas têm de ser justas e, para tanto, é necessário que as condições externas de concorrência sejam iguais. Muitas das construções teóricas de Durkheim, em especial o seu conceito de “consciência coletiva”, serão revistas por Gurvitch¹⁴⁶, Hauriou e tantos outros que se orientam pelo pensamento solidarista.

O grande mérito de Durkheim, a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, constituiu em apresentar a concepção de solidariedade bem próxima da sociedade, constituindo quase que a identidade reflexiva da própria sociedade, fundando as bases do que se denominou *solidarismo sociológico* e que, posteriormente, Duguit desenvolveria para construir o seu *solidarismo jurídico*¹⁴⁷.

A solidariedade aparece hoje como atualização da fraternidade. Diferencia-se do solidarismo fundamentalmente por seu referencial cristão¹⁴⁸ (importância decisiva das noções de caridade e comunhão)¹⁴⁹.

A fraternidade é vista por Derrida como a amizade que reúne as vontades e oferece solidez ao poder. É também postulado não cumprido da Revolução burguesa de 1789¹⁵⁰.

Ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade, onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista.

¹⁴⁶ *La Vocation Actuelle de la Sociologie. Antécédents et Perspectives*. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963. Tomos I, p. 2 et seq.

¹⁴⁷ Apesar de Durkheim se interessar pelo fenômeno jurídico, está bastante próximo do pensamento sociológico de Comte – todo empenhado no estudo do problema do *consensus* – muito distante das concepções individualistas e contratualistas de Spencer, a quem Durkheim dirige muitas das suas críticas. Nesse sentido: Renato Treves: *Sociologia del Diritto*, p. 60; R. Aron: *Lés étapes de la pensée sociologique*, p. 372 et seq; J. Davignaud, F. Farrarotti e A. Izzo, *Individuo e società in Durkheim*.

¹⁴⁸ Pensamento presente em 1891, com a promulgação da *Rerum novarum*. Leão XIII inaugura nova época para a doutrina social cristã, fundadas sobre três pilares: justiça, amor e solidariedade. Justiça, porque ela expressa o direito básico de todo homem para o seu desenvolvimento; amor, porque ele recria as forças interiores para o exercício das virtudes; solidariedade, porque, fruto da justiça e do amor, ela impele para a doação desinteressada. (ULLMANN, Reinholdo; BOHNEN, Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: Unisinos, 1993, p.159)

¹⁴⁹ Para melhor compreensão do solidarismo cristão ver: Reinholdo Ullmann e Pe. Aloysio Bohnen: *O solidarismo*; Pe. Fernando Bastos de Ávila: *Solidarismo – Alternativa para a globalização*.

¹⁵⁰ DERRIDA, Jaques. *Politiques de l'amitié*. Paris: Galilée, 1994.

O fato de Robespierre, Couthon, Saint-Just, terem, em nome da moralidade cujos segredos detinham, utilizado o terror e a guilhotina como instrumento de controle social, foi o que lhes permitiu liquidar fisicamente os seus opositores, conduzir Condorcet ao suicídio e abater mesmo o criador do tribunal contra-revolucionário – Danton. Uma moralidade exasperada que, mais tarde, encontrou estímulos no mundo entre ditadores políticos, racistas ou religiosos. “Não pode haver liberdade para os inimigos da liberdade”, proclama um deles; mas quem a define?¹⁵¹. No Brasil, uma placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge dos “anos de chumbo” afirmará: “*Contra a pátria não há direitos*”¹⁵².

O Solidarismo oferecerá uma via diferente da dos fanáticos do individualismo exasperado que alarga a consciência de si até às dimensões de uma consciência de todos. Afirmará Duvignaud: “O sonho de Platão na *República*, onde confia aos sábios a direção da cidade, não é diferente do dos adeptos do Terror de 1793, nem do das ditaduras que encontram no princípio de uma razão ou de uma moral absolutas a legitimidade de um poder extorquido”¹⁵³. Felicidade para poucos? Somente para mim e meus comparsas? É este o Estado que queremos? Penso que não. O Estado que desejamos é o que se constrói democrática e solidariamente nos degraus do pluralismo político, este sim, conseguirá aproximar o direito da idéia de justiça (a negação da justiça é própria negação do direito).

Nessa perspectiva, tendo introduzido o pensamento solidarista, partiremos agora para compreender o pensamento solidarista nas diversas correntes de pensamento, para ao final imaginarmos as possíveis formas de democracia pluralista de direito social no universo que habitamos, pela afirmação dos laços de solidariedade.

3. O pensamento solidarista em Léon Duguit

Discípulo de Émile Durkheim (1858-1917), Léon Duguit (1859-1928) também receberá influência de outro grande representante da “Escola sociológica francesa”, Auguste Comte (1798-1857).

Sua doutrina fornecerá as bases do solidarismo jurídico chegando mesmo a constituí-lo.

¹⁵¹ DUVIGNAUD, Jean. *Solidariedade – laços de sangue e laços de razão*. Tradução: Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986, p. 92

¹⁵² GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

¹⁵³ *Op. Cit.* p. 93.

Em sua crítica da doutrina individualista, Duguit afirma que o homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, é abstração alheia à realidade. De fato, o homem nasce membro da coletividade; viveu sempre em sociedade e só pode viver em sociedade, e o ponto de partida de qualquer doutrina sobre o fundamento do direito deve ser, sem dúvida, o indivíduo implicado nos laços de solidariedade social¹⁵⁴.

Aqui a sociedade humana é fato primário e natural, e não o produto da vontade humana. Percebe Duguit que a humanidade está muito dividida em certo número de grupos sociais, e o homem só se concebe como verdadeiramente solidário daqueles homens que pertencem ao seu grupo. Esses grupos revestiram diversas formas contingentes, sendo as principais na ordem cronológica: a horda, a família, a cidade, a nação¹⁵⁵.

Os homens do mesmo grupo social são solidários uns com os outros: primeiro, porque têm necessidades comuns que só podem garantir satisfação pela vida em comunidade; segundo, porque têm necessidades diferentes e aptidões diferentes pela troca de serviços recíprocos, devidos ao desenvolvimento e emprego das suas diferentes aptidões¹⁵⁶, ao primeiro motivo (igualdade de necessidades) liga-se a solidariedade por similitude, ao segundo, a solidariedade por divisão do trabalho social¹⁵⁷.

A solidariedade por similitude, que nasce da igualdade de necessidades satisfeitas pela existência da vida em comum, pressupõe a união de esforços. Já a divisão do trabalho se orienta pela diversidade de aptidões em face de interesse comum. A solidariedade é fato porque os homens estão submetidos a esta força que os fazem sentirem-se membros do todo social; mas, ao mesmo tempo, a solidariedade é idéia, pensamento individual, representação de um estado, ao qual, como critério de suprema justiça, deve acomodar-se a conduta dos homens¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Fundamentos do Direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 11.

¹⁵⁵ *Op. Cit.* p. 16.

¹⁵⁶ *Op. Cit.* p. 17.

¹⁵⁷ DUGUIT, Leon. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901, p. 40-49. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 6. Na tradução brasileira: *Fundamentos do Direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 17 existe um equívoco na tradução dessa passagem do pensamento de Duguit, apontando a primeira espécie de solidariedade *por divisão do trabalho*, quando na verdade Duguit a afirma *por similitude*, por esse motivo nossa pesquisa foi efetuada em obra original em francês e na tradução espanhola, acima citadas.

¹⁵⁸ *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 6. et seq

Além de ter a solidariedade como fundamento do direito, expressada tanto pela similitude quanto pela divisão do trabalho social, Duguit, ao discutir a distinção (com a qual não concorda) entre direito público e direito privado, afirmará a importância do espírito de justiça:

Diz-se muitas vezes: - o espírito que deve presidir ao estudo do direito público não é o mesmo que deve inspirar o estudo do direito privado. Na verdade, não compreendemos o que isso quer dizer. Sempre julgamos que o espírito que se deve aplicar ao estudo do direito é o espírito de justiça. É seguramente com esse espírito que se deve estudar o direito privado. Pretenderá alguém que se deva estudar o direito público com espírito diferente? Não podemos acreditá-lo¹⁵⁹.

Duguit retira da soberania o seu poder de mando para convertê-la em capacidade de servir¹⁶⁰. Momento em que converte a própria noção de soberania em noção de serviço público¹⁶¹, paralelamente opera a transformação do conceito de liberdade, fundamento indestrutível da autonomia individual.

Seguindo os ensinamentos de Durkheim, Duguit afirma que a solidariedade que existe entre os homens do mesmo grupo é dupla: os homens estão unidos entre si por: primeiro por laços de solidariedade os quais Durkheim denomina mecânica ou por similitude e, ademais, por laços de solidariedade chamada orgânica, ou por divisão do trabalho.

A solidariedade por similitude resulta do fato de que os homens, vivendo em sociedade, são, em muitos aspectos, semelhantes uns aos outros, unem-se através dessa *igualdade*.

A solidariedade orgânica ou por divisão do trabalho além de unir os indivíduos, estabelece a interdependência inserindo-os como membros da mesma sociedade, relacionando-os através da *diferenciação*. Esta última classe de solidariedade é característica das sociedades que tenham alcançado alto grau de civilização.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 36 et seq.

¹⁶⁰ *Soberania y libertad*. Tradução e Prólogo: José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran, 1924.

¹⁶¹ O Estado não é poder de mando, soberania; é cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes, afirmará Duguit. *Manual de Derecho Constitucional...*, p. 72 et seq. *Trate...*, t. II, p. 54.

Duguit desenvolve ampla crítica às doutrinas que sustentam o princípio da estatização do direito. Afirma ele: “O homem concebeu o direito antes de conceber o Estado e não o Estado antes de conceber o direito, e a noção do direito, tanto em sentido objetivo como subjetivo, é, portanto, anterior e superior à noção de Estado”¹⁶². O Estado encontra-se submetido à regra de desenvolvimento da solidariedade assim como o são os próprios indivíduos, sendo a vontade dos governantes, “uma vontade jurídica capaz de impor constrição somente no momento em que se manifesta nos limites que lhe são traçados pela regra do direito”¹⁶³.

O Estado não é outra coisa senão o produto da diferenciação natural entre os homens do mesmo grupo do qual deriva o que se chama de potência pública, que não pode, de nenhum modo, ser legitimada por sua origem, mas somente pelos serviços que presta de acordo com a regra de direito¹⁶⁴.

Muitas idéias de Duguit refletirão em Adolfo Posada, no tratamento que este último confere à concepção teleológica de Estado¹⁶⁵. O Estado surge idealmente da decisão consciente de estabelecer meio idôneo a serviço da realização dos fins da vida humana e, antes de tudo, para garantia da liberdade. Daí que para Posada o Estado seja constitutivamente Estado serviçal, de serviços públicos oferecidos aos cidadãos. O Estado seria desse modo o reflexo da solidariedade¹⁶⁶. Aqui se percebe a confluência entre os pensamentos de Duguit e Posada¹⁶⁷.

Para Posada a forma de Estado constitucional social refletiria a implicação constitucional e ética na realização da justiça social e na harmonização jurídica da esfera individual e social do homem em seus diversos papéis sociais, estabelecendo sistema de garantias dos direitos e liberdades essenciais, com vistas a mais ampla realização dos fins humanos. Sua “idéia pura de Estado” reflete seu compromisso com o regime de Estado de Direito comprometido com os direitos humanos¹⁶⁸, sendo a substância condicionante de sua forma jurídica.

¹⁶² *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901, p. 226.

¹⁶³ *Op. Cit.* p. 259.

¹⁶⁴ Cf.: TREVES, Renato. *Sociología del Diritto*. p. 131; DUGUIT, Léon. *Trate...*, p. VII.

¹⁶⁵ POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid: C. Bermejo, 1934, p. 25: “sumergido en el derecho, y más ceñido al hombre” se defiende una Política y un Derecho político *de contenido social*, de cimentación histórica y realista, pero volcados hacia el ideal y las exigencias éticas.

¹⁶⁶ Nesse sentido: José Luis Monero Pérez e José Calvo Gonzáles. *La Teoría Jurídica de León Duguit*. In: DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005, estudio preliminar, p. XLII.

¹⁶⁷ Adolfo Posada, em boa medida, foi um dos introdutores do pensamento “deguitiano” na Espanha.

¹⁶⁸ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935

No mesmo sentido, Duguit afirmará a reforma social como tarefa central do Estado, revisando o constitucionalismo liberal individualista¹⁶⁹, fornecendo as bases para o constitucionalismo social e solidário.

Chegará o dia em que a solidariedade humana absorverá as solidariedades locais, regionais ou nacionais; dia em que o homem se considere cidadão do mundo? Duguit observa que “em todas as formas de agrupamento humano existe uma única realidade, a pessoa humana, isto é, a consciência e a vontade do indivíduo” e conclui afirmando que “essa individualidade parece mais viva e mais ativa quanto mais coerente, complexo e compreensivo é o grupo social”¹⁷⁰. Construir esse ideal universal passa necessariamente por três fenômenos relacionados à nossa concepção de solidariedade: o pluralismo, a cooperação interconstitucional e a interculturalidade, assunto que visitaremos em tópico específico.

4. O ideal de solidariedade em Maurice Hauriou

Maurice Hauriou (1856-1929), professor em Toulouse, colocou-se contra as concepções de direito e de Estado de Duguit, que ele chama de subjetivistas na medida em que concebem “as regras de direito com a volição subjetiva da pessoa do Estado”. Também condena o objetivismo por colocar tudo sobre a regra de direito, pois, para Hauriou, o verdadeiro elemento objetivo do sistema jurídico é a instituição, e afirmará: “são as instituições que fazem as regras de direito e não tais regras que fazem as instituições”. As instituições são substancialmente o centro e a fonte da juridicidade¹⁷¹.

A instituição (Estado, igreja, família, sindicato etc.) é fato incontestável, idéia objetiva transformada em obra social por um fundador, idéia que recruta adesões no meio social e sujeita a seu serviço vontades subjetivas indefinidamente renovadas, afirmará Hauriou¹⁷².

¹⁶⁹ José Luis Monero Pérez e José Calvo Gonzáles. *La Teoría Jurídica de León Duguit*, p. XLIX.

¹⁷⁰ *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901, p. 80.

¹⁷¹ *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 28 *et seq.*

¹⁷² *Ibidem*, p. 91.

As instituições sociais, na concepção de Hauriou, duram um tempo mais ou menos longo, segundo a melhor ou pior resposta apresentada às necessidades do meio social e conforme as suas idéias se aproximem da verdade e da justiça¹⁷³.

Com relação à idéia de fraternidade, Hauriou refere-se às instituições de beneficência pública para os indigentes, os enfermos, menores abandonados e idosos.

Para Hauriou, o processo de institucionalização é composto por três formas de solidariedade: a *solidariedade orgânica*, a *solidariedade representativa* e a *solidariedade ética*. Essas formas de solidariedade estão em perpétua articulação e interação, formando a conciliação prática e teórica na sociedade global. O mundo social será processo de construção, trazendo em si as raízes de uma ordem institucional em expansão¹⁷⁴.

A instituição possui obra a realizar no meio social, que se traduz na afirmação do princípio da solidariedade. A proximidade desse ideal é que determinará a sua continuidade e permanência, transformação ou extinção, sempre refletindo as novas necessidades sociais.

5. A solidariedade em Gurvitch

Gurvitch, rompendo com a tradição clássica, e com Duguit mais do que com Durkheim, fala de socialidade ao invés de solidariedade, que seria uma de suas formas. Ele faz distinção entre a socialidade por fusão parcial dentro do “nós” – interpenetração – e a socialidade por simples interdependência – relação, comunicação¹⁷⁵.

Ainda sugere Gurvitch que o único sentido preciso de solidariedade distinto da coesão/interdependência não pode estar isento de parentesco com aquilo que, depois de Hauriou, ele chama de “ordem integrativa”, cuja expressão organizada são as associações igualitárias de colaboração¹⁷⁶.

Toda a construção teórica de Gurvitch e sua concepção solidarista passam pela compreensão de *direito social*.

¹⁷³ Ibidem. p. 97. Mais adiante Hauriou substituirá o termo *verdade* por *verdade moral* e, por fim, apenas *Moral*.

¹⁷⁴ Cf.: FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 249-251

¹⁷⁵ ARNAUD, Jean, *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles; F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 769.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 770-771.

O direito social é direito autônomo de comunhão integrando, de maneira objetiva, cada totalidade ativa do real, que encara valor positivo extratemporal. Esse direito se desprende diretamente do “todo” em questão para regular sua vida interior. O direito social precede, na sua camada primária, toda organização do grupo e só pode se exprimir de maneira organizada se a associação é fundada sobre o direito da comunidade subjacente objetiva e pela penetração desse direito na comunidade. O direito social se endereça, na sua camada organizada, a sujeitos específicos que observam a multiplicidade de seus membros na vontade única da cooperação ou do estabelecimento¹⁷⁷. Essa concepção de Gurvitch afirma a idéia de superação do “direito de dominação ou subordinação” próprio do direito romano pelo “direito de integração ou de comunhão de interesses”.

Na participação de todos em torno da construção do que Gurvitch denomina “fato normativo” de “relação com outrem” e na participação direta do “todo”, fundada sobre o direito social, que se manifesta a ligação especial entre os sujeitos desse direito; isto é, a interdependência mútua e a fusão parcial de suas pretensões e de seus deveres correspondentes¹⁷⁸.

Em *L'Expérience Jurídique et Philosophie Pluraliste*, Gurvitch desenvolverá estudos sobre pluralismo jurídico e democracia, chegando a designar o “reino do direito” como verdadeiro “astro condutor” do Estado democrático¹⁷⁹.

¹⁷⁷ GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Librairie du Recueil, 1931, p. 15 et seq.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 22.

¹⁷⁹ Cf.: FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 275.

Gurvitch acrescenta três novas dimensões à problemática sociológica do pluralismo jurídico: (i) A pluralidade dos ordenamentos do direito social não repousa apenas na multiplicidade dos grupos ou associações. O direito social pode corresponder a quadros sociais supra-funcionais, como a nação, as classes sociais e a comunidade internacional; (ii) Junto ao direito social, cuja fonte é essencialmente coletiva, manifesta-se o direito interindividual que se baseia no intercâmbio entre os indivíduos. Ora, se o direito social tende a predominar no seio dos grupos e dos outros quadros sociais, o direito interindividual seria essencialmente desenvolvido no ordenamento jurídico do Estado, particularmente no estágio do liberalismo econômico; (iii) A clivagem formal/informal na realidade social do direito não fornece representação adequada da relação direito do Estado/direito da sociedade, pois cada quadro de direito social, estatal ou não, revela ser a morada da dinâmica constante entre o direito organizado e o direito inorganizado que lhe é subjacente¹⁸⁰.

6. Por uma nova concepção de solidariedade

Cabe-nos apreender com Ricoeur que o sentido de um texto não está por detrás do texto, mas à sua frente. Não é algo de oculto, mas algo de descoberto. O que importa compreender não é a situação inicial do discurso, mas o que aponta para um mundo possível, graças à referência não ostensiva do texto. A compreensão tem menos do que nunca a ver com o autor e sua situação. Procura apreender as posições de mundo descortinadas pela referência do texto. Compreender um texto é seguir seu movimento do sentido para referência: do que ele diz para aquilo de que ele fala. Neste processo, o papel mediador desempenhado pela análise estrutural constitui a justificação da abordagem objetiva e a retificação da abordagem subjetiva ao texto¹⁸¹.

O texto fala de mundo possível e de modo possível de alguém nele se orientar. Os horizontes oferecidos pelo pensamento solidarista em nossos estudos pretendem ser o caminho para se chegar a esse mundo possível que nos foi prometido – de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁸⁰ GURVITCH, Georges. *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier, 1940. Ver também: BELLEY, Jean-Guy. "Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique", In: *Droit et Société*. Paris: LGDJ, 1986, nº 4, p. 353-371

¹⁸¹ *Teoria da Interpretação – o discurso e o excesso de significação*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1976, p. 99

O fundamento do princípio da solidariedade é compreendido de diferentes formas. Seja considerando-o fundamento do direito ou base de sustentação da sociedade. Nada é mais comum e próprio da idéia de solidariedade do que o ideal de contribuição para o crescimento psicológico, material, cultural, espiritual, filosófico, físico, sentimental, enfim, de todas as potencialidades humanas, respeitando sempre o pluralismo de concepções e modos de vida que se afirmam na existência digna.

Tudo que se faz e que se constrói, tanto científica quanto culturalmente, deve buscar reafirmar sempre o pensamento solidarista, na busca do bem comum, na afirmação da justiça, na liberdade conciliada pelo respeito e ajuda ao próximo, jamais pelo egoísmo pessoal.

À luz desse novo paradigma, muitas idéias classicamente afirmadas pela teoria do direito carecem de revisão epistemológica e filosófica. Mesmo porque nosso entendimento aproxima-se cada vez mais da compreensão da teoria do direito enquanto disciplina filosófica, distanciando-se da concepção dogmática.

A solidariedade se concretiza no compartilhar – modos de vida, interesses comuns, papéis sociais, sentimentos, conquistas, conhecimentos, experiências – refletindo o que passamos a denominar solidariedade pela afirmação do pluralismo, tema que será aprofundado em tópico específico. De modo que a sociedade venha a constituir-se num espaço de cooperação e solidariedade, até mesmo na vertente abandonada pelo Estado Constitucional Pluralista que buscamos recuperar.

Michael Walzer, em *Êxodo e revolução*, afirma o seguinte:

*Primeiro, onde quer que vivas é provavelmente o Egito. Segundo, que sempre há um lugar melhor, um mundo mais atrativo, uma terra prometida. E, terceiro, que o caminho a essa terra é através do deserto. Não há forma de chegar aí exceto unindo-se e caminhando*¹⁸².

Para nós que desejamos observar a solidariedade enquanto princípio do progresso da humanidade e de realização da própria condição humana concretizar-se ainda nesta vida, não poderíamos deixar de referenciar o pensamento pragmatista, já presente em Duguit¹⁸³ e com o qual tivemos contato a partir dos debates entre Rorty e Habermas em *Filosofia, Racionalidade e Democracia* e que, decisivamente, influenciaram muitas das nossas construções teóricas.

¹⁸² *Exodus and Revolution*. USA: Basic Books, 1985, p. 149.

¹⁸³ A teoria pragmática do direito fora exposta por Duguit em conferências pronunciadas na Universidade de Madrid em novembro de 1923. Nesse sentido: SALDAÑA, Quintiliano. *El Pragmatismo jurídico – Conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid*. Madrid: Francisco Beltran, 1924.

Em breve síntese, o *pragmatismo* vincula todo o discurso de legitimação e pretensão de correção das diversas teorias com a verificação empírica de sua aptidão para produzir transformações na realidade, no caso específico do nosso estudo, a concretização constitucional do pensamento solidarista.

A solidariedade há que ser vivida muito mais que contemplada, afinal, o Estado Solidarista é algo em que nos transformamos.

Se um dia o pensamento de Hannah Arendt sobre a concepção de poder sem violência foi capaz de se concretizar através das ações de Gandhi em sua “desobediência pacífica”, negando o que outrora pensou Max Weber, também a solidariedade há que converter-se em ação.

Destarte, a solidariedade concretizada é que confere identidade e força normativa aos textos constitucionais contemporâneos, constituindo seu novo marco teórico, assunto que veremos a seguir.

7. O lugar constitucional do pensamento solidarista

A solidariedade, em teoria política, é às vezes invocada como princípio de coexistência democrática. É nesta qualidade que ela é retomada nos textos constitucionais (p. ex. a Constituição espanhola de 1978, art. 2)¹⁸⁴

A Constituição Federal Suíça de 1998 consagrou em seu preâmbulo: “Independência e Paz em solidariedade e abertura para o mundo”.

A crítica da razão constitucional obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas de organização, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução¹⁸⁵.

A ponte evolutiva da teoria da constituição reside no constitucionalismo solidarista.

¹⁸⁴ ARNAUD, Jean, *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 769.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1315-1316.

O fundamento do direito é solidariedade ou a interdependência social, todos os membros da sociedade, pela regra de direito, são obrigados a nada fazer em contrário à solidariedade social e fazer tudo o que está em sua capacidade para que assegure a sua realização¹⁸⁶.

A solidariedade pertence ao nível constitucional. É o seu referencial e primeiro fundamento, experiência presente e nunca acabada, em constante construção.

A constituição italiana de 1948 refere-se à solidariedade em seu artigo 2º:

*A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formas pelas quais se desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento de deveres inderrogáveis de **solidariedade política, econômica e social**.*

O constituinte italiano afirmou o dever de solidariedade como político, econômico e social. A distinção dimensiona os possíveis reflexos do princípio solidarista nos mais diversos campos da vida em sociedade.

Como se lê no relatório da Comissão Econômica da Assembléia Constituinte italiana, sobre a *prestação tributária*, foi dito que: “o critério lógico preferível é fazer referência à pertinência do sujeito à entidade impositora, declarando esta pertinência nos seus três aspectos: político (cidadania), econômico (produção, comércio e/ou consumo de bens) e social (participação na vida da sociedade nacional)”¹⁸⁷.

O artigo 3º da Constituição italiana nos ajuda a compreender o papel do Estado na construção desta festejada solidariedade multidimensional:

*É tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva **participação de todos** os trabalhadores na organização política e econômica e social do país.*

Trata-se de objetivo inafastável de qualquer Estado que se queira Constitucional e Solidarista. Nesse mesmo sentido caminhou a Constituição Portuguesa.

¹⁸⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditions E. de Boccard, 1930, p. 640.

¹⁸⁷ VANONI, Ezio. *Opere Giuridiche*, vol. II. Milão: Giuffrè, 1962, p. 475. No mesmo sentido: Felice Giuffrè, *La solidarietà nell'Ordinamento Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 1: “o estudo dos princípios fundamentais da Constituição permanece sempre atual, pois eles parecem representar, se não a dogmática política do Estado ou o ceticismo político do cidadão, ao menos a fisionomia sintética da instituição soberana, portanto a organização essencial das relações entre cidadãos e o Estado” citando G. Dossetti nos trabalhos preparatórios da Assembléia Constituinte italiana.

A atual Constituição portuguesa faz expressa referência ao princípio da solidariedade em seu artigo 66.º, 2, d, que trata do *Ambiente e Qualidade de Vida*, estabelecendo o seguinte:

*Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo **princípio da solidariedade** entre gerações.*

A afirmação de proteção e defesa do meio ambiente é direito fundamental de terceira geração, expressão do ideal de fraternidade da revolução francesa, atualmente concretizado através do princípio da solidariedade.

Foi em artigo específico (art. 71º, 2) sobre a proteção dos cidadãos portadores de deficiência que a Constituição portuguesa reafirmou o princípio da solidariedade ao dispor:

*O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e **solidariedade** para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.*

A preocupação com o portador de deficiência deve ser objeto de políticas públicas e ações afirmativas concretas de realização da suas necessidades sociais. Rampas de acesso aos transportes coletivos e a todo e qualquer local de acesso público, reserva de vagas em concurso público e programas de inserção no mercado de trabalho, integração com a sociedade, tudo isso, quando efetivamente realizado, caracteriza a concretização do princípio da solidariedade e constitui direito fundamental do cidadão portador de deficiência.

É no capítulo III (dos direitos e deveres culturais), artigo 73º (da educação, cultura e ciência) que a Lei Fundamental portuguesa avança no tratamento do princípio da solidariedade reafirmando aquela que pensamos ser a melhor via de concretização do princípio da solidariedade: a educação. Assim dispôs o texto constitucional:

*O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de **tolerância**, de **compreensão mútua**, de **solidariedade** e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.*

A escola, a universidade ou qualquer instituição de caráter formativo (família, igreja, trabalho etc.) deve educar para a solidariedade. A personalidade do ser humano inicia o seu desenvolvimento na infância e desde já a criança deve ser inserida em práticas educacionais solidaristas, a exemplo da proteção ao meio ambiente, cuidado com o idoso e o deficiente, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, amor à vida e a liberdade, num contexto humanístico e plural, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania, afirmando-a como cidadania solidária.

Afinal, como já dizia Nelson Mandela: *ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar*¹⁸⁸.

8. O pensamento solidarista na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 não se filiou a nenhuma concepção específica de solidariedade, aproxima-se, no entanto, da tese defendida por Duguit. A solidariedade a ser concretizada no texto constitucional demonstra infinitas possibilidades de aplicação, afinal, a nossa Constituição é texto vivo, aberto e plural, reflexivo das esperanças de uma sociedade atualmente em crise.

¹⁸⁸ Referido no texto: *Diversidade religiosa e Direitos Humanos*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Governo Federal – Presidência da República.

O preâmbulo constitucional brasileiro de 1988¹⁸⁹ faz referência à *sociedade fraterna*, enquanto o art. 3º, I preceitua como objetivo expresso da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*. Afirma o pluralismo no art. 1º, IV como fundamento da República Federal e Democrática.

Sociedade solidária, em nossa concepção, constitui o centro de gravidade de desenvolvimento e efetividade do direito¹⁹⁰. Unindo a perspectiva sociológica à perspectiva jurídica podemos defini-la como a instituição determinante das condições de possibilidade da vida social que serão tão amplas quanto maiores forem os laços de solidariedade que unem seus indivíduos para o cumprimento do projeto político fundamental estabelecido em nossa Constituição.

A sociedade solidária se constrói na percepção de que os vínculos de solidariedade que a mantém é que determinam o seu grau de desenvolvimento e, conseqüentemente, o fortalecimento do seu subsistema social, político, jurídico, econômico, cultural, psicológico, filosófico e científico.

A sociedade solidária possui seu aspecto mais significativo na sua vinculação com a sociedade livre e justa.

A vinculação entre liberdade, justiça e solidariedade não é gratuita. Liberdade sem justiça social é ilusória e opressora. A Justiça que se afirma na ausência da liberdade impõe o medo e o descrédito. A sociedade que se constrói egoisticamente, refratária às idéias e concepções solidaristas, não é justa, tampouco livre, porque a liberdade pressupõe que o outro igualmente o seja.

Assim, a busca pelo equilíbrio e reciprocidade entre justiça, liberdade e solidariedade é essencial para concretização do projeto constitucional de sociedade estabelecido no art. 3º da CFRB.

¹⁸⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹⁹⁰ Cf.: E. Ehrlich, em prefácio de seu *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig: [s.e.], 1913, p. 3, afirma: “Nos tempos atuais, como em qualquer outra época, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se situa nem na legislação, nem na ciência jurídica, nem tampouco na jurisprudência, porém na própria sociedade”.

Numa sociedade marcada pela exclusão social, denegação de justiça, desigualdades, pessoas que vivem em situação de subsistência, a solidariedade, muito mais que o novo marco teórico do pensamento constitucional, constitui a nova possibilidade de afirmação da dignidade humana e concretização do Estado Constitucional Solidarista. Estado que deve, necessariamente, estar a serviço dos pobres, vítimas do atual sistema ecológico, social, cultural, político e econômico, vítimas do Estado que clama por transformações institucionais. É preciso solidarizar a nossa Democracia, nossa República, nossa Federação.

Já com relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, eles refletem o equilíbrio de dois subsistemas: o liberal e o social. Duguit acreditava firmemente que as sociedades modernas estivessem evoluindo para este projeto solidarista¹⁹¹.

No entanto, a concepção individualista de liberdade, que motivou a construção da doutrina sobre o fundamento do direito e à limitação do Estado, com grandes repercussões na Revolução de 1789, tem lugar de relevo na história das idéias políticas, com reflexos na atual sistema político brasileiro. Essa concepção é ainda a base da legislação, ainda que esta seja cada dia mais convergindo para o solidarismo – veja o princípio da socialidade no novo Código Civil brasileiro. Permanece, por vezes, o erro de alguns teóricos e dos legisladores em considerar a liberdade individual como dogma intangível e definitivo, universal.

A solidariedade que hoje se constrói já superou a mera fraternidade da Revolução liberal burguesa, é a sua evolução. Não obstante o grande lema da revolução francesa estar expresso na trilogia *liberté, égalité et fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade), este último termo não se fazia presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ela irá reaparecer em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, que em seu art. 1º dispôs: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade.*

¹⁹¹ *Fundamentos do Direito*. p. 11 et seq. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930, p. 640.

Estamos em época de transição na qual o fundamento individualista de limitação ao poder é substituído pouco a pouco pelo fundamento solidarista. Na doutrina individualista se o Estado pode fazer certas leis é porque o indivíduo tem certos direitos subjetivos contra ele, que se conservam na medida em que se fazem leis que limitando o direito de uns, preservam a liberdade de todos. Exemplo disso é o direito de propriedade. Ao contrário, na concepção solidarista da liberdade, o indivíduo não tem nenhum direito, ele tem deveres sociais, e o Estado não pode fazer nada que o impeça de cumprir estes deveres, notadamente o dever de realizar livremente suas atividades. Não há aqui direito subjetivo do indivíduo contra o Estado¹⁹².

Esta diferença teórica tem reflexos na prática. Na concepção individualista cada um tem o direito de agir, trabalhar, atuar em todos os domínios, mas não está obrigado a isso. Esta concepção não pode prosperar na consciência moderna. O homem que tem capacidade física e idade para trabalhar não pode restar inativo, sob pena de ser inútil à sociedade¹⁹³.

O projeto político fundamental estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Interpretando sistematicamente o art. 5º, XLVII, c, da Constituição Federal, que proíbe a pena de trabalhos forçados, em face do princípio solidarista, percebemos a possibilidade do apenado desenvolver *obrigatoriamente* atividades laborativas *remuneradas* no interior do cárcere, alternativamente ou cumulativamente com atividades profissionalizantes, como forma de cumprir com seu dever solidarista. Afinal, a proibição de trabalho forçado é de atribuir-lhe o caráter de pena. Em nossa concepção e de todos que se orientam pelo pensamento solidarista, trabalho não é pena, é dever decorrente do princípio constitucional da solidariedade, sua concretização. A prisão deixaria de ser a “escola do crime” para converter-se em “escola solidária de integração social”.

¹⁹² DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel*. Cit., p. 642

¹⁹³ *Ibidem*, p. 643.

A integração social (inserção do indivíduo ou grupo numa comunidade mais ampla) jamais ocorrerá no contexto de “marginalização” (termo oposto à socialização) que se encontra o atual sistema prisional brasileiro. Quantas vezes não ouvimos nossos professores afirmarem a barbaridade da *Lei do Talião*, da prática desumana de cortar as mãos dos ladrões? Quem sabe num futuro, esperamos não muito distante, nossas futuras gerações não se perguntem: Nossa! Eles colocavam serem humanos em jaulas? Estudos em psicologia já começam a discutir alternativas às penas privativas de liberdade, defendendo a sua extinção.

Sociedade sem crimes, jamais existirá. Entretanto, uma sociedade com respostas político-criminais sérias para as questões da violência e da criminalidade, não seria apenas possível, mas também realizável. Sua concretização encontra-se no novo constitucionalismo solidarista, pós-social (afirmo pós-social por concretizar os direitos sociais por via específica que é a via solidarista), onde a sociedade livre, justa e solidária é chamada a intervir. Momento em que a precaução (políticas solidaristas) substitui a falaciosa prevenção geral e abstrata que a ameaça de pena produz.

Se o homem é obrigado a trabalhar ele não está, no entanto, obrigado a trabalhar no que está além de suas forças. Se um homem abusa do outro na exploração de seu trabalho compromete os valores sociais. Aqui reside a legitimidade de todas as leis da época moderna de todos os países que organizam o exercício do trabalho¹⁹⁴.

Convergindo para a concretização do pensamento solidarista, o constituinte originário estabeleceu no art. 4º, IX da Constituição Federal o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Aqui o Brasil passa a integrar o conjunto dos Estados Constitucionais Cooperativos.

Mas é preciso ir além. A idéia expressa no supracitado dispositivo constitucional demanda a existência de novo constitucionalismo, que busca manter o equilíbrio entre três fenômenos: a interconstitucionalidade, a interculturalidade e a solidariedade traduzida em cooperação internacional, esse tema será revisitado em tópico específico referente ao constitucionalismo multinível.

Solidariedade, fraternidade e cooperação são termos que o legislador constituinte utilizou para conferir maior densidade fenomenológica ao pensamento solidarista.

¹⁹⁴ *Op. Cit.* p. 645. Conclui Duguit: se o indivíduo tem o dever de trabalhar, de se instruir, o Estado deve garantir a todos um mínimo de instrução gratuita e deve enfrentar o problema do desemprego. Se o indivíduo tem ainda o direito a assistência, o Estado deve intervir para lhe proporcionar esta assistência.

Constituindo a solidariedade o fundamento do próprio direito, podemos perceber em todos os dispositivos constitucionais a influência do pensamento solidarista. Afinal, a solidariedade é via de concretização de muitos dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que reafirmam a solidariedade por similitude, atribuindo deveres de proteção a toda sociedade.

É com fundamento no pensamento solidarista que Manoel Jorge e Silva Neto supera a literalidade estabelecida no *caput*¹⁹⁵ do art. 5º da Lei Fundamental brasileira, para, com base no princípio da proteção isonômica, estender as garantias e direitos nele estabelecidos, também aos estrangeiros não residentes no país¹⁹⁶. Questiona o autor: Que espécie de sociedade solidária é esta que desrespeita as garantias mínimas da pessoa humana pelo mero e simples fato de ser estrangeiro sem residência no país? Responde com a seguinte colocação: (...) o estrangeiro não residente é, sem dúvida alguma, destinatário das garantias individuais mencionadas no art. 5º da Constituição, (...) se tivermos em conta o fato de o constituinte originário, por alguma razão, um dia, ter inscrito como objetivo fundamental do Brasil a construção de uma *sociedade solidária*¹⁹⁷.

Percebeu o citado autor, o primeiro aspecto da solidariedade, a *preocupação com o outro*, criando entre pessoas de contextos sócio-culturais estranhos entre si (nacional e estrangeiro), espécie de coesão solidária, decorrente do fato comum que lhe atribui a sua simples condição humana.

Muitos autores atribuem à terceira geração ou dimensão¹⁹⁸ dos direitos fundamentais o ideal de solidariedade. Outros afirmam a existência da quarta geração em que também se percebe a influência do pensamento solidarista, todos estão igualmente corretos. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

¹⁹⁵ “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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹⁹⁶ *O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 37.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹⁸ Quanto à utilização do termo dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, ver nosso Capítulo IV.

*“O direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o **princípio da solidariedade** e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)¹⁹⁹.*

Os direitos fundamentais no Estado Solidarista, objeto de estudo no nosso quarto capítulo, devem ser compreendidos em suas múltiplas dimensões²⁰⁰ (são multidimensionais), conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais.

Fizemos estudo e sistematização de novos critérios de ponderação no momento da solução de conflito entre direitos fundamentais, passaremos ainda pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, buscando sua máxima efetividade através do que denominamos cidadania solidária.

A solidariedade não cessa onde começam os direitos individuais e vice-versa, os cruzamentos e condicionamentos recíprocos são por demais intensos para que se dê tal abandono.

A liberdade de expressão pressupõe o acesso à educação, ela se vincula diretamente à idéia de sociabilidade e interação com o outro através da comunicação. A livre manifestação do pensamento nada representaria sem as garantias de existência digna, sem as quais o ser humano estaria muito mais preocupado com a sua sobrevivência do que com a afirmação da suas opiniões.

¹⁹⁹ No mesmo sentido: "Meio ambiente — Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) — Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade — Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/06. No mesmo entendimento: RE 134.297, 22/09/95.

²⁰⁰ Dentre as possíveis dimensões dos direitos fundamentais podemos destacar: espacial, temporal, eficaz, procedimental, institucional, discursiva, positiva, negativa, ativa, passiva, axiológica, ontológica, deontológica, teleológica, filosófica e existencial.

Os laços de solidariedade se fortalecem quando as opiniões se manifestam num ambiente democrático, pluralista, culturalmente fortalecido, tolerante, livre de discriminações, num debate livre e racional capaz de fortalecer a própria idéia de cidadania.

9. Reflexos jurídicos do pensamento solidarista

Duguit é daqueles que pensa que o Direito é muito menos obra do legislador que produto constante e espontâneo dos fatos. O texto está sempre ali; mas cai sem força e sem vida; ou bem por exegese sábia e sutil, dá-se sentido e alcance nos quais não havia sonhado o legislador quando o redigia²⁰¹.

Podemos apontar reflexos do pensamento solidarista, as idéias em torno da existência do patrimônio mínimo edificada por Fachin²⁰², numa compreensão muito equilibrada sobre o *mínimo existencial*.

Também a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais reafirma o pensamento solidarista. Assunto que merece reflexão mais detalhada sobre o que se denomina eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais.

Apona Daniel Sarmento que a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956²⁰³, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada²⁰⁴.

Pela teoria da eficácia mediata (*Mittelbare Dittwirkung*), os direitos fundamentais não ingressam na ordem jurídica privada como direitos subjetivos, que possam ser invocados diretamente do Texto Constitucional. Para Dürig, deve existir uma ponte entre o direito privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais²⁰⁵.

²⁰¹ *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 171

²⁰² *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁰³ DÜRIG, Günther. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: MAUNZ, Theodor. *Festschrift für Hans Nawiasky*. München: Beck, 1956. p. 157 et seq.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 211

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, essa incidência acabaria exterminando autonomia da vontade e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. A eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria, para eles, numa outorga de poder desmesurado ao Judiciário. Assim entendem os partidários dessa corrente que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais²⁰⁶.

Já a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provem apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral²⁰⁷.

Hoje, importante segmento da doutrina alemã, vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado, em relação aos direitos fundamentais, constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas, entre eles, autores com Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris²⁰⁸.

Canaris, em obra dedicada ao estudo das relações entre os direitos fundamentais e o direito privado, defende a natureza “imediata” da vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais e a eficácia normativa destes como proibição de intervenção e imperativos de tutela²⁰⁹.

Canaris refuta a doutrina da “eficácia imediata em relação a terceiros”, mas afirma uma *imediata vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais*. Para o autor, só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra sujeitos de direito privado, como no caso do art. 9º, nº 3, 2ª frase, da Lei Fundamental alemã²¹⁰.

²⁰⁶ Ibidem. p. 212

²⁰⁷ Ibidem. p. 220

²⁰⁸ *Op. cit.* p. 236

²⁰⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 28 *et seq.*

²¹⁰ Ibidem, p. 55.

Diferentemente de Canaris, entendemos que, destinatários das normas dos direitos fundamentais são, não apenas o Estado e os seus órgãos, mas também os sujeitos de direito privado, mesmo quando a norma fundamental não esteja dirigida imediatamente contra estes últimos.

No sistema constitucional brasileiro, presentes objetivos, direitos e garantias fundamentais, que são violados não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares em suas relações privadas, nos posicionamos pela aplicação imediata dos direitos fundamentais em tais relações (art. 5º, § 1º e § 2º da CFRB), apontando o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte desses direitos. Adotamos a aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, mesmo quando a norma tenha como destinatário sujeitos de direito público (como ocorre com o princípio do devido processo legal) e nesse sentido tem decidido o STF conforme veremos a seguir. Vamos mais além ao afirmar os objetivos fundamentais expressos no art. 3º da CFRB como determinantes para o setor privado. A República é formada também e principalmente pelo povo que se identifica politicamente como nação.

No STF, no ano de 1996, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 158215-4 / RS, proferido pela 2ª Turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, acabou sendo acolhida a tese de aplicação do devido processo legal aos associados excluídos de Cooperativa, por força da aplicação direta àquela relação entre particulares do direito fundamental à ampla defesa. Vejamos a Ementa:

“DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”.

“COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

Elio Fazzalari já destacava a existência de decodificações unificadas tanto na Suécia quanto na Suíça, da existência das garantias constitucionais do processo, especialmente do *due process of law*, prevalentes para todas as espécies de processo²¹¹. Porém, é em seu: *Istituzioni di diritto processuale*, que Fazzalari reconhece a existência de processo fora e/ou independente do nosso ordenamento estatal, a exemplo de sindicatos, associações esportivas etc.

Outro julgado do STF que discute a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é o RE 161243 / DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Recentemente, o STF, conforme publicação constante no Informativo 405 (RE-201819) Título: Sociedade Civil de Direito Privado e Ampla Defesa, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição — v. Informativos 351, 370 e 385.

²¹¹ *Processo – teoria generale*, n. 10, p. 1.075.

Entendeu ser, na espécie, hipótese de *aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas*²¹².

No Superior Tribunal de Justiça vale destacar a decisão proferida em Hábeas Corpus nº 12.547-DF, em que se discute a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.

Quanto aos reflexos do princípio da solidariedade na tributação sua abordagem demandaria nova dissertação sobre tal tema, de tão instigantes e relevantes que são seus múltiplos aspectos e conseqüências no ordenamento jurídico pátrio²¹³. A *capacidade econômica*, o princípio da *capacidade contributiva*, a *progressividade*, a *responsabilidade tributária* e a *extrafiscalidade* são elos fundamentais que unem a tributação à solidariedade.

²¹² Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 11.10.2005. (RE-201819).

²¹³ Sobre o tema, recomendamos a leitura da obra coordenada por Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi: *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

10. Desenvolvimento econômico e bem-estar social – formas econômicas de solidariedade.

A inserção da Constituição Federal como projeto estrutural fundamental de uma sociedade solidária, pluralista e sem preconceitos, num Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos dessa mesma sociedade, demanda a existência de sistema constitucional que propicie a concretização desses valores.

O Direito Constitucional Econômico trata da disciplina jurídica que a Ordem econômica (mundo do ser) recebeu da Lei Fundamental, passando essa parcela da ordem jurídica a denominar-se Constituição Econômica.

Para Vital Moreira, a Constituição Econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de determinado sistema econômico, instituem determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, determinada ordem econômica, assim, para o citado autor, da Constituição Econômica de economia capitalista orientada, faz parte não só as normas que asseguram a propriedade e disposição privada dos meios de produção e outros direitos fundamentais econômicos (liberdade de empresa, liberdade de trabalho), mas também aquelas que determinam o papel do mercado e do Estado na orientação do processo econômico, aquelas que definem os princípios fundamentais da organização econômica *stricto sensu* (associações econômicas), das finanças do Estado, sob o ponto de vista da sua relevância econômica (constituição financeira), do estatuto da empresa nos seus aspectos externos e internos (constituição da empresa), da posição do trabalhador (constituição do trabalho)²¹⁴.

Ensina Josaphat Marinho que a Constituição econômica traduz-se no *complexo de normas básicas reguladoras do fato econômico e das relações principais dele decorrentes*²¹⁵.

²¹⁴ *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 32.

²¹⁵ Constituição econômica. Separata de *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 156, pp. 2-15, 1984, p. 2.

A proximidade entre os conceitos de ordem econômica (mundo do dever ser) e de Constituição econômica é óbvia. Eros Roberto Grau afirma que, compreendendo a Constituição Econômica como conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de determinado sistema econômico. Cuida-se de sistema afetado por determinado regime econômico, que se caracteriza numa moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua atuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como nos das instituições de enquadramento²¹⁶.

O intervencionismo estatal teve seu ápice na Constituição de 1967, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional número 1 de 1969. A Constituição de 1988, porém, estruturou o regime constitucional de intervenção muito mais liberal do que o anteriormente vigente, adotando o sistema capitalista de economia descentralizada, baseada no livre mercado.

O modelo de Estado intervencionista do pós-guerra buscará o desenvolvimento econômico para poder realizar o bem-estar social, realidade presente na Constituição mexicana de 1917, e na alemã de 1919 (primeiras constituições a incorporarem os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais). Ocorrem reflexos jurídicos²¹⁷ em razão dessa atuação estatal no domínio econômico, podendo-se citar as transformações nas estruturas política e econômica da sociedade. Temos como exemplo concreto dessa transformação (Estado Liberal – Estado Intervencionista), os Estados Unidos da América após a “grande depressão” de 1929.

No que se referem às normas constitucionais de conteúdo econômico, seus reflexos repercutem no direito positivo infraconstitucional. Tais repercussões traduzem-se na introdução de novos conceitos, na ordem jurídica, operando como princípios gerais, tais como a noção de *boa-fé objetiva*, a de *causa*, também, no sentido objetivo, o *dirigismo contratual* e a teoria do *abuso de direito*²¹⁸.

²¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 72-73.

²¹⁷ Nesse sentido: BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 18.

²¹⁸ BRITO, Edvaldo. Aspectos da Tutela da Concorrência no Estado Dualista. In: MARTINS, Ives Gandra e NALINI, José Renato (organizadores). *Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal*. São Paulo: Editora IOB, 2001, p.251.

Já no preâmbulo da Lei Fundamental estabeleceu o poder constituinte originário o objetivo de instituir o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a **liberdade**, a **segurança**, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista* e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Prossegue o art. 1º estabelecendo como fundamentos da República Federativa do Brasil: I - a soberania; II - **a cidadania**; III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - **os valores sociais do trabalho** e da **livre iniciativa**; V - o **pluralismo político**.

O art. 3º preceitua como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**; II - **garantir o desenvolvimento nacional**; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Todos, objetivos conformadores do regime jurídico do bem-estar social.

Todos os direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, previstos no art. 6º, bem como os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, previstos no art. 7º compõem o supracitado regime.

O art. 170 funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - **propriedade privada**; III - **função social da propriedade**; IV - **livre concorrência**; V - **defesa do consumidor**; VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**; VIII - **busca do pleno emprego**.

O art. 170, VI implica no desenvolvimento de ordem econômica sustentável, conforme preceitua o art. 225, artigo referente ao bem-estar ambiental.

O art. 174 prescreve que: como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O § 1º do citado art. estabelece que: a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do **desenvolvimento nacional equilibrado**, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. O § 3º determina que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a **promoção econômico-social** dos garimpeiros.

No que se refere à *Política Urbana* o art. 182 preceitua que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o **pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade** e garantir o **bem-estar de seus habitantes**.

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o **desenvolvimento equilibrado** do País e a servir aos **interesses da coletividade**, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, conforme o art. 192.

Por fim, estando caracterizadas muitas das normas constitucionais de conteúdo econômico que compõem o regime jurídico do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, apesar de terem suas particularidades, eles mais se interpenetram do que se separam. Tal fato nos leva a concluir pela existência de regime único, havendo uma vinculação necessária entre desenvolvimento econômico e bem-estar social.

A legitimidade da ordem econômica e, por conseqüência, do superávit primário mínimo²¹⁹ (receitas menos despesas, sem considerar o pagamento de juros) com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, possui orientação axiológica. A manutenção do superávit não poderá afetar a adequada e necessária prestação dos serviços públicos essenciais.

²¹⁹ Na proposta de orçamento para 2008, a meta prevista de superávit é de 3,80% do PIB. Segundo o ministro do Planejamento, o governo não perseguirá mais a meta de 4,25%. De acordo com ele, essa meta não é mais necessária. (Fonte: *O Estado de São Paulo*. 31.08.2007)

Essa orientação axiológica nada mais é do que os valores fundamentais estabelecidos na Constituição conformadores das ordens econômica e social, e que vincula tanto a intervenção estatal na ordem econômica quanto o setor privado na condução dos seus negócios jurídicos e no exercício do direito de propriedade com vistas à concretização do Estado Constitucional Solidarista.

O Brasil inicia 2008 com recursos suficientes para pagar toda sua dívida externa. O Plano Plurianual (PPA) 2008-2011 terá como prioridade o setor de educação e a distribuição de renda. A informação foi dada pelo ministro do Planejamento, Paulo Bernardo, que afirmou também que o orçamento para 2008 aumenta em mais de R\$ 4,7 bilhões os investimentos na área social.

O Banco Central anunciou em 21 de fevereiro de 2008 que o país dispõe de US\$187,5 bilhões em ativos. Com isso, seria possível pagar a dívida e ainda sobriam US\$4 bilhões.

Pensamos ser mais lucrativo e constitucionalmente mais adequado o país investir suas reservas no setor social e produtivo, garantindo maior desenvolvimento e qualidade de vida da nossa população, principalmente da população carente, que, por longo período da sua história vem suportando o ônus decorrente do fato de sermos o país mais desigual dentro do continente mais desigual do mundo.

Os investimentos devem superar as propostas “fraternalistas” a exemplo de programas como o *Bolsa Família*²²⁰, fazendo com que o povo brasileiro alcance sua dignidade e realize a sua função solidária, contribuindo diretamente para o desenvolvimento do país através da divisão social do trabalho, penso que é chegado o momento de afirmarmos, como o fez a Constituição Portuguesa, o direito fundamental ao trabalho. Assim, concretizando o direito fundamental ao trabalho, alcançaremos grande parte das promessas constitucionais ainda não cumpridas, conferindo maior legitimidade às políticas públicas estatais.

²²⁰ As políticas públicas que garantem o mínimo existencial são adequadas em situações emergenciais, porém, devem ser acompanhadas por políticas públicas de inclusão social e desenvolvimento capazes de evoluir processualmente para o máximo existencial, favorecendo a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Sobre tal graduação, em sentido similar, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Cit., p. 468.

Ainda sobre a legitimidade, não podemos ignorar a lição de Manoel Jorge e Silva Neto ao trata do planejamento em sua obra *Direito Constitucional Econômico*: “será imprescindível considerar o planejamento econômico em sua bimembridade constituinte: é resultado da opção política do governo em face da conjuntura econômica, mas não poderá ser aceito como mito pela sociedade se se distanciar excessivamente dos desígnios da comunidade em tema de condução da economia” e diz que: “para ser considerado um mito, o planejamento econômico terá de obter um nível de consensualidade bastante elevado em torno de suas diretrizes²²¹”. Portanto, a legitimidade da ordem econômica também se fundamenta no consenso que deve existir em torno dos seus valores fundamentais.

Canotilho afirma que a constituição confere legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir a ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem indispensável bondade material (legitimidade) e ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (legitimação)²²².

Quando a lei constitucional logra obter *validade* como ordem justa e *aceitação*, por parte da coletividade, da sua “bondade intrínseca”, diz-se que a constituição tem **legitimidade**²²³.

A legitimidade, porém, não reside simplesmente no consenso, tampouco na sua bondade intrínseca, ela também reside na sua efetividade e na realização do que Renato Alessi denomina interesse público primário²²⁴, compreendido, em nosso entendimento, pela soma dos interesses individuais vinculados ao ideal solidarista.

²²¹ *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 58 e 59. Também reconhecendo o planejamento como mito: BURDEAU, Georges. *Trate de Science Politique*. 2. ed. Paris: LGDJ, Tomo IV, 1969.

²²² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1421.

²²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1421.

²²⁴ O jurista italiano Renato Alessi em conhecida tese expôs a distinção entre interesse público primário (o interesse geral da coletividade) e interesse público secundário (o interesse do Estado). *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè. Editore, 1960, p.197.

A livre iniciativa encontra sua disciplina jurídico-constitucional de forma ampla nos espaços normativos referentes à liberdade, especificamente nos arts. 5º, II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX e 206, II da CRFB. Portanto, ela não se reduz, como aponta Eros Roberto Grau, a *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*²²⁵.

A liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*, esquece a doutrina de completar o entendimento: senão em virtude da lei conforme a Constituição, mais precisamente em conformidade com os valores que compõem o arbítrio conformador do Estado Constitucional Solidarista.

Nesse sentido, cite-se o acórdão lavrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4 – Distrito Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e de outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.

Considera a presente decisão, a livre iniciativa como valor constitucionalmente conformado pelos demais valores fundamentais que integram a ordem econômica, como a justiça social e a redução das desigualdades sociais, percorrendo o caminho que lhe traça o regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico, aproximando-o do pensamento solidarista.

Não foi outro o entendimento adotado, que não o de conciliar a ordem econômica com a ordem social, buscando a vinculação recíproca entre as mesmas, chegando a tratar especificamente dos valores sociais da livre iniciativa.

Aqui se percebe claramente o quanto se torna importante a identificação do regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico, pois são os valores fundamentais que compõem esse regime que conformarão não só a atividade estatal, mas também e principalmente a atividade econômica desenvolvida pelos particulares (lembrando o que já afirmamos sobre a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas).

²²⁵ *Op. Cit.*, p. 186.

O planejamento qualifica a intervenção do Estado *sobre e no* domínio econômico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional²²⁶.

A *planificação* se caracteriza por processo de intervenção sistemática do Estado no domínio econômico, no qual não existe a figura da liberdade de mercado. A planificação econômica pressupõe a inexistência de mercado, a exemplo da ex-URSS.

Já o *planejamento* é modalidade de intervenção indireta do Estado no domínio econômico que se opera por meio da indução dos agentes privados à obediência à normativa econômica²²⁷.

O que de mais importante a Constituição estabelece para o planejamento econômico é o seguinte: *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este **determinante** para o setor público e **indicativo** para o setor privado. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, caput e § 1º).*

Essa “indicatividade” não se traduz em mero conselho, posto que é norma com status constitucional, devendo, portanto, ser interpretado como norma constitucional de conteúdo econômico e inserida dentro do regime jurídico constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico.

Grande passo nesse sentido foi dado por Miguel Reale, ao afirmar que o *princípio da indicatividade* estatuído no art. 174 da CFRB não se trata de indicação irrelevante ou sem conseqüências. Ela traduz rumo preferencial de ação que não pode deixar de ser levado em conta pelos empresários ao assumirem os riscos de uma operação à margem do plano oficial, não podendo contar, por exemplo, com os incentivos criados pelo Estado para fins de desenvolvimento²²⁸.

O planejamento é instrumento de racionalização que o Estado dispõe pra intervenção na ordem econômica, axiologicamente orientado pelos ditames fundamentais conducentes à realização do desenvolvimento e do bem-estar social, que nesse aspecto indica e determina de forma direta as atividades do setor privado.

²²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Cit., p. 161.

²²⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. (comunicação pessoal em exame de qualificação do Mestrado). No mesmo sentido ver seu: *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 46 *et seq.*

²²⁸ *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

Existe relação de eficácia horizontal entre o setor privado e os direitos fundamentais, o que nos leva a crer que o planejamento econômico só é indicativo para o setor privado quanto aos *meios* e às *técnicas* dispostos pelo Estado para consecução de determinados objetivos. Quando esses objetivos traduzem-se em direitos fundamentais, eles também vinculam os particulares em suas respectivas atividades.

Para que tal mudança ocorra, é importante que o setor público tome consciência desta possibilidade e estabeleça um planejamento específico para o setor privado ligado à efetividade dos direitos fundamentais, trabalhando com normas de direito premial²²⁹ (incentivos fiscais, subvenções, parcerias público-privadas etc.), buscando conciliar o direito fundamental de propriedade como sua função social e solidarista.

É com fundamento no pensamento solidarista, e nos dispositivos constitucionais relativos à solidariedade e à justiça social, observados em diversas passagens da Lei Fundamental, mas principalmente naquilo que se identifica como regime jurídico-constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, que devemos promover a releitura do princípio da indicatividade dos planos.

Objetivando a concretização desse regime é que o presente tópico visa oferecer a sua contribuição para a realização da Constituição e concretização do pensamento solidarista.

Afinal, como Duguit já afirmara, todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função em razão direta do lugar que ocupa. O possuidor da riqueza pode realizar trabalho, que em função dessa riqueza, só ele pode realizar. Só ele pode aumentar a riqueza geral fazendo valer o capital que possui. Está socialmente obrigado a realizar essa tarefa. *A propriedade não é o direito subjetivo do proprietário; é a função social do possuidor da riqueza.* O Direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário; mas garante a liberdade do possuidor da riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato mesmo dessa posse, podendo-se dizer que a propriedade se socializa²³⁰.

²²⁹ Para maior compreensão do direito premial ver: BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 14 et seq.

²³⁰ Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 240.

Capítulo III

DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

O tempo é algo que não volta atrás, portanto plante seu jardim e decore sua alma ao invés de esperar que alguém lhe mande flores.

William Shakspeare

1. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Estado Constitucional

Quando se fala em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, está a se referir ao que Canotilho chama de Estado de Direito democrático-constitucional²³¹, ou simplesmente Estado Constitucional²³², todos eles alicerces da *juridicidade estatal*.

As formações conceituais aqui apresentadas refletem não apenas o real, o já seguramente alcançado. O Estado Solidarista não é apenas possível forma (futura) de desenvolvimento do tipo “Estado Constitucional”²³³; ele já assumiu conformação na realidade e é, necessariamente, a forma necessária de estatalidade legítima do amanhã, de reafirmação da justiça social, do pluralismo e dos direitos fundamentais.

Muito mais importante que fortalecer a solidariedade no âmbito estatal é fortalecê-la na (e a partir da) sociedade, compreendendo a sua complexidade e o seu pluralismo. Complexidade que não se reduz à falaciosa dicotomia Estado-Sociedade. Pluralismo que se afirma na idéia de tolerância, respeito às diferenças, luta pelas minorias excluídas do acesso aos mais diversos direitos fundamentais, diversidade de idéias e expectativas de vida e, acima de tudo, pelo fortalecimento dos laços de solidariedade social. Toda mudança institucional será vã se não partir dessas premissas.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 97

²³² Aristóteles, em “*igualdade e justiça*”, Montesquieu, na “*separação dos poderes*”, J.J. Rousseau, em “*o contrato social*”, e Kant, em “*dignidade humana*”, J. Rawls, em “*justiça*”, e H. Jonas, no “*princípio de responsabilidade*”. Esses textos, pelos maiores pensadores, compreendem o desenvolvimento da idéia de Estado Constitucional. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Primeira parte.

²³³ Parafrazeando Peter Häberle. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5

O Estado possui razão de existir, fundamento que lhe confere legitimidade e permanência. O Contratualismo, em termos gerais, afirma que o Estado é produto da decisão racional do homem em face da necessidade social. Dentre os filósofos políticos que seguem tal corrente de pensamento estão: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Em Hobbes tal razão será a *paz* e a *segurança* que deve o Estado garantir perante a sociedade beligerante, afinal, em sua concepção, “o homem é o lobo do próprio homem”. Sem a espada os pactos não são senão palavras, dirá Hobbes. Na sua concepção, os termos do contrato se darão da seguinte forma: o Estado assume estrutura institucional que na prática se apresentará virtualmente *auto-suficiente*, pela magnitude das suas atribuições, *auto-referencial* pelos fundamentos do seu poder, *hermética* por sua impermeabilidade aos reclamos dos súditos, *incondicional* porque o cumprimento dos seus fins é incompatível com a formulação de reservas por parte dos contratantes no momento de contratar, *impune*, pois, toda sanção pretendida aplicável ao soberano seria uma sanção do súdito contra si mesmo, e *irreversível* devido aos perigos de retorno à situação pré-contratual²³⁴. Seu produto institucional é o Estado absolutista²³⁵.

²³⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Trad. Antônio Escotado. Madrid: Ed. Nacional, 1983, p. 223 *et. seq.*

²³⁵ Nesse sentido: ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. In: *Revista de Directo Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 35, 2001, p. 55.

Locke fundamenta a existência do Estado na garantia da liberdade, propriedade e igualdade entre os indivíduos. Os homens em estado de natureza são *livres* para ordenar seus atos e para dispor de suas *propriedades* conforme sua própria vontade, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa e são *iguais*, posto que não haja coisa mais evidente que o fato de seres da mesma espécie e idêntica natureza, nascidos para participar sem distinção de todas as vantagens da natureza e para servir-se das mesmas faculdades sejam também iguais entre si, sem subordinação ou sujeição²³⁶. Seu modelo de Estado é o liberal (mínimo) e o homem é por natureza um ser egoísta que quer apenas o seu progresso pessoal. O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e castigar seu descumprimento (justiça)²³⁷. Locke também afirma o direito de resistir à opressão do governante que descumpra os termos estabelecidos no contrato²³⁸.

Rousseau afirmará a incompatibilidade entre igualdade e propriedade, pois é nesta última que se encontra a origem da desigualdade²³⁹ entre os homens, no momento em que um deles cercou determinado espaço territorial e afirmou: “isso é meu” e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo, foi esse o fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Defendam-se de ouvir esse impostor; estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém”. Serão, portanto, a liberdade e a igualdade, os fundamentos do Estado para Rousseau, em sua percepção, o homem é bom por natureza²⁴⁰, e cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, daí que a lei, na concepção de Rousseau, é a *expressão da vontade geral*²⁴¹. Obedecendo à lei que se prescreveu a si mesmo o homem torna-se livre.

²³⁶ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Amando Lázaro. Madrid: Ed. Aguilar, p. 5

²³⁷ *Ibidem*, p. 73 *et seq*

²³⁸ *Ibidem*, Capítulo XVIII (“De la tiranía”), p. 155.

²³⁹ Originariamente Rousseau percebe dois tipos de desigualdade: a primeira, natural ou física, decorre da diferença de idade, da saúde, das forças do corpo ou qualidades do espírito, esta não lhe interessa em nada; a segunda, moral ou política, parece estar estabelecida com o consentimento dos homens, após uma espécie de convenção e é a única que merece que sejam descritos a sua origem e seu processo. Nesse sentido: PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Trad. Maria Alice Farah Calil. Barueri: Manoele, 2004, p. 82.

²⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

²⁴¹ Conforme Pisier, interpretando Rousseau: A vontade geral dá a vida ao corpo político: a soberania é o seu exercício, e a legislação, seu movimento. Op. Cit, p. 86.

Os contratualistas e outros pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, a exemplo de Montesquieu, Voltaire, Sieyès, contribuíram historicamente para a formação do Estado Constitucional, fruto do movimento conhecido por *constitucionalismo*, concretizado na Inglaterra após a Revolução Gloriosa de 1688 e que resultou na Monarquia Constitucional daquele país; reafirmado no movimento de Independência das Treze Colônias Inglesas em 1776 que deu origem aos Estados Unidos da América e a primeira constituição escrita do mundo em 1787; e, por fim, a Revolução Francesa de 1789, marco histórico do final de uma era, que se inicia sob novos ideais e novas esperanças, que se fizeram presentes na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporada à Constituição da França de 1791.

Com o fim do absolutismo na Inglaterra e França, com a incorporação da teoria da tripartição dos poderes estabelecida por Montesquieu²⁴² nos diversos textos constitucionais do mundo, as sociedades partem em busca da liberdade através limitação do poder do Estado em face do indivíduo, liberdade expressada nos direitos e garantias individuais. O modelo de Estado que se seguirá, após o absolutismo, será o Estado Liberal – *laissez faire laissez passer que le monde va de lui même*.

O Estado Constitucional passará por nova mudança de paradigma. Após as duas grandes guerras mundiais, revoluções ocorridas no México (1910) e na Rússia (1917), o capitalismo encontrará seus primeiros limites, expressos na segunda geração de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais) e nesse momento o Estado precisava fortalecer-se.

A “grande depressão” dos EUA (1929), por outro lado, apontará a falência do liberalismo econômico, em seu lugar surge o intervencionismo estatal. Verifica-se a falência do modelo Liberal.

O Estado afirmar-se-á enquanto Estado Constitucional Social, buscando a sua legitimidade na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, na conquista da igualdade material, superando a mera igualdade formal, afinal, como já nos advertia Anatole France²⁴³, *a lei, em sua igualdade majestosa, pune ricos e pobres de vadiarem, dormirem debaixo da ponte e furtarem o pão*.

²⁴² *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. As idéias de Montesquieu, expressas no Livro XI de *O espírito das leis*, sobre as funções de legislar, administrar o Estado e aplicar as leis, já se faziam presentes em Aristóteles e Locke. O que ele trouxe de novidade foi a execução destas três funções por órgãos distintos, como forma de evitar abuso do poder, através da desconcentração do poder num único órgão.

²⁴³ Apud: MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da Solidariedade*. Rio de Janeiro: Volume comemorativo do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 5.

Agora o Estado é chamado a intervir na sociedade para garantir a igualdade, afinal, os direitos de segunda geração constituem direitos a uma prestação positiva (*status positivo* de Jellinek²⁴⁴). A primeira constituição do mundo a incorporar os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) foi a Constituição do México de 1917, seguida da Constituição da Alemanha de 1919.

Os principais avanços em termos de constitucionalismo social foram incorporados na nossa Constituição de 1934, como a nova dinâmica aplicada às relações de trabalho, saúde, educação, família etc.

Na Constituição de 1946, ao disciplinar a ordem econômica, o constituinte prescreveu a sua organização de acordo com o postulado da justiça social, promovendo a conciliação da livre iniciativa com os valores sociais do trabalho²⁴⁵.

É chegado o momento do Estado Constitucional Solidarista. Em nossa concepção o legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade e na dignidade humana, envolvidos por práticas de cidadania multidimensional e pluralista voltadas para a concretização dos direitos fundamentais. Encontra-se também no caminhar constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.

O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica tão bem afirmada por Posada²⁴⁶ - *O Estado é processo*. Mas que também caminha na direção de uma República construída como povo que se governa a si próprio, que decide seus destinos e contribui solidariamente nas decisões políticas fundamentais do Estado²⁴⁷.

²⁴⁴ Teoria dos quatro status de Jellinek (*Teoria General del Estado*, p. 306 et seq): Negativo (fazer tudo que a lei não proíbe); Positivo (exigir do Estado aquilo a que está obrigado); Ativo (participar das ações do Estado); Passivo (acatar as ações do Estado). Tese que também é seguida por José Carlos Vieira de Andrade em relação aos direitos fundamentais: Direitos de defesa; Diretos a uma prestação; Direitos de participação.

²⁴⁵ Nesse sentido: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 56.

²⁴⁶ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 11 et seq.

²⁴⁷ Nesse sentido, Claude Nicolet, em *L'Idée republicaine en France (1789-1824)*. Broché: Gallimard, 1995, afirma que a república não se constitui em se deixar governar por um 'dono', uma 'casta' e, a *fortiori*, um 'Estado diferenciado'. A República é povo que governa a si próprio. p. 398 et seq.

O Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º ao 4º, bem como nos demais dispositivos referentes ao direito constitucional organizatório, legitima-se na exata medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista.

Não se trata de elaborar uma lista sofisticada de *direitos fundamentais*, mas repensar o papel das Instituições, da sociedade, do Estado e da Ciência do Direito, em torná-los efetivos.

2. Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo

O Estado Federal teve seu marco inicial em 1787 com a famosa Convenção da Filadélfia, que, como solução proposta à superação das dificuldades inicialmente encontradas pelas treze colônias inglesas ao se libertarem, formaram uma confederação de Estados soberanos através de um tratado celebrado em 1776 e ratificado em 1781, conhecido como “Artigos de Confederação”.

Apresentou a adoção de organização política verdadeiramente nova que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa²⁴⁸.

Assim, a Confederação transmutou-se em Federação. Este foi o primeiro e grande passo para a consolidação da forma de Estado Federal. O segundo e não menos importante foi a materialização dos acordos e compromissos firmados na Convenção de Filadélfia, através da substituição dos *Artigos de Confederação*, pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, a primeira constituição escrita do mundo, um dos marcos do constitucionalismo liberal.

²⁴⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2005, p. 19 *et seq.*

Durante os memoráveis debates então travados na Convenção de Filadélfia, os artífices do novo modelo tiveram oportunidade de apontar os defeitos da Confederação. Fizeram-no em muitos discursos e artigos, valendo mencionar os que, sob o pseudônimo coletivo de *Publius*, foram regidos por ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, posteriormente reunidos na obra *O Federalista*, com preciosas lições sobre o pensamento político e constitucional da América²⁴⁹.

A constituição é, pois, a base jurídica do sistema federativo, consolidadora do acordo firmado e repositório das regras essenciais da convivência entre a unidade e as entidades componentes²⁵⁰. A Constituição Federal é o pacto federativo do tipo de Estado Federal.

São características do federalismo: o bicameralismo²⁵¹ (existência de uma câmara – Senado Federal – que representa os interesses dos respectivos Estados-membros e que participa da formação da vontade nacional através do processo legislativo ao lado dos representantes do povo – Câmara de Deputados); a proibição de secessão (é vedado ao Estado-membro separar-se da União, declarar-se independente, afinal, a Federação é indissolúvel); a autonomia dos entes federados (os entes são dotados de autonomia política, administrativa, financeira e normativa); a repartição de competência (toda federação pressupõe certa partilha de competências que se orienta de acordo com o princípio da predominância do interesse); a cláusula de proteção (aqui pressupomos a super-rigidez constitucional que mantém o pacto federativo afastado de reformas constitucionais tendentes a aboli-lo, constituindo verdadeira cláusula-pétrea, que se completa pela existência de órgão encarregado do controle de constitucionalidade).

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁵⁰ MONTERIO, Yara Darcy Police. Partilha de competência na Constituição de 1988. Normas Gerais: Características e elementos configuradores. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – 21. São Paulo: RT, 1999, p. 148.

²⁵¹ Louis Le Fur. *État Federal et Confédération d'États*. Paris: Marchal et Billard, 1896, p. 679. Com relação às comunidades locais afirmará: “elles son appelées à prendre part à la volonté de l'État, participant ainsi à la substance même de la souveraineté fédérale”.

Numa seqüência necessária à compreensão do federalismo cooperativo, passaremos a tratar inicialmente da repartição de competências no Estado Federal, para posteriormente adentrarmos na repartição de competências na Constituição Federal de 1988, matéria própria do que Canotilho denomina “Direito Constitucional Organizatório”²⁵², para a seguir apontar novos reflexos jurídicos da incidência do princípio da solidariedade no atual federalismo cooperativo brasileiro.

A repartição de competências é a pedra angular do sistema federativo, daí a necessidade de compreendermos inicialmente o modelo federativo e sua evolução para que possamos compreender as conseqüentes mudanças no sistema de repartição de competências.

Por competência entender-se-á o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de perseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos²⁵³.

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação (poderes) necessários para sua persecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente à outra.

No modelo federativo vigora a descentralização política, ou seja, a competência legislativa conferida às unidades parciais (União – Leis Federais, Estados – Leis Estaduais, Distrito Federal – Leis Distritais e Municípios – Leis Municipais), coexistindo com a competência legislativa constitucionalmente conferida à unidade total (República Federativa do Brasil – Leis Nacionais)²⁵⁴.

A descentralização implica, como se pode observar, em divisão de competências. Para que a descentralização não descaracterize o Estado federal, há que ser mantida a unidade do todo. Assim, a República Federativa do Brasil (Estado Federal) é dotada de **soberania**²⁵⁵, ao contrário das unidades parciais que possuem apenas **autonomia** (administrativa, política, financeira e normativa).

²⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.573.

²⁵³ *Ibidem*, p. 943 e 944.

²⁵⁴ Não devemos confundir União (ente da federação) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Federais* (ex: Lei 8112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais; Lei dos Juizados Especiais Federais etc.) com a República Federativa do Brasil (Estado Federal) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Nacionais* (ex: Código Civil, Código Penal, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.). Muitos confundem devido ao fato de tanto a União quanto o Estado Federal possuírem o mesmo órgão legislativo (Congresso Nacional). Tecnicamente, a distinção se justifica.

²⁵⁵ Relembrando que, na concepção solidarista, a noção de soberania não se fundamenta no poder de mando, mas na capacidade de servir, passando necessariamente pela noção de serviço público.

Neste sentido, apresenta-se o federalismo como modo de preservar a particularidade no âmbito de uma união estatal maior, mantendo o equilíbrio entre a soberania da nação como um todo e a autonomia dos entes federados, concomitantemente à sua interdependência, que em nosso entendimento é fortalecido pelos laços de solidariedade que deve existir entre os entes.

A solidariedade constitui a base do pacto federativo. Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabeleceu o objetivo fundamental de redução das desigualdades entre as diversas regiões do país.

O art. 43 da CFRB preceitua que, para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das *desigualdades regionais*.

No mesmo sentido, concretizando o pensamento solidarista, a CFRB em seu art. 159, I, c estabeleceu:

A União entregará, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer²⁵⁶.

O modelo federativo nasceu inicialmente da necessidade da integração de campos de poder exclusivos e limitados, conformadores de uma unidade detentora, igualmente, de um campo de poder exclusivo e restrito. Trata-se do **federalismo dual**.²⁵⁷ Aqui existia uma igualdade absoluta, em matéria de competência, entre as esferas governamentais estaduais e a União, nesse momento não se falava em competência comum ou concorrente, apenas em exclusiva (enumeradas ou remanescentes) – daí o seu modelo horizontal de divisão de competências – o que fosse competência do Estado-membro não seria da União.

²⁵⁶ No mesmo sentido, CFRB, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 42. Durante 25 (vinte e cinco) anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: I - vinte por cento na Região Centro-Oeste; II - cinquenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no semi-árido.

²⁵⁷ MONTERIO, Yara Darcy Police. *Op. Cit.*, p. 150.

Contudo, acentua a professora Fernanda Almeida que, com a substituição do liberalismo clássico do *État-Gendarme* pelas concepções intervencionistas do *Welfare State* (Estado do bem-estar social), o sistema de repartição de competências adquiriu uma nova conformação que redundou no fortalecimento do poder central à custa do enfraquecimento do poder dos Estados passando-se ao **federalismo cooperativo**. Conclui-se dessa forma que é o modelo de partilha de competências adotado que imprime a feição do Estado federal.²⁵⁸

Registrando o exemplo dos Estados Unidos, que por força do momento histórico vivido durante a Grande Depressão em 1929, verificou a imperiosa necessidade de fortalecer o poder central, podemos perceber a tônica do federalismo cooperativo, marcado pela interferência do poder federal em esfera de atribuições antes consideradas exclusivas dos Estados²⁵⁹.

Essa experiência cooperativa já se fazia presente na Constituição alemã de Weimar de 1919, e Austríaca de 1920, que já traçavam um modelo de federalismo cooperativo e que serviram de modelo para a nossa Constituição Federal de 1934. Em momentos constitucionais anteriores, vínhamos seguindo o clássico modelo federalista norte-americano de um federalismo dualista rígido.

No federalismo cooperativo, não ocorre o completo abandono da técnica de repartição de competência horizontal, apenas surge nova técnica, denominada vertical, onde se prevê uma área de competências que pode ser compartilhada – competências comuns ou concorrentes²⁶⁰.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 150.

²⁵⁹ Nesse sentido: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2000, p. 36.

²⁶⁰ Nesse sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. Características essenciais do federalismo. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 4, 2002, p. 151.

Apesar da tendência centrípeta²⁶¹ desse último modelo de federalismo, Fernanda Almeida, citando Berard Schwartz²⁶², ressalta que, embora essa expansão seja uma realidade, é muito *improvável* que num futuro previsível o sistema federativo seja substituído por uma forma unitária de governo, com a eliminação da autonomia estadual. É que remanesce profundamente arraigada na sociedade norte-americana a tradição federalista, formada exatamente à base da preservação da autonomia das entidades federadas, de cuja importância há uma consciência, à medida que a manutenção de governos estaduais fortes confere ao sistema americano uma força democrática não encontrada na administração centralizada, monolítica²⁶³.

No federalismo norte-americano percebe-se claramente a colaboração intergovernamental recíproca de base consensual, com conseqüente preservação da higidez dos princípios e práticas da federação.

No que cabe à Federação brasileira, embora tenha ela se formado diversamente da matriz norte-americana, já que aqui houve um processo de formação centrífugo, espelhou a nossa Federação, que nasceu com a República (Constituição de 1891), no modelo americano, inicialmente no *dual federalism*. Foi com a Constituição de 1934 que fomos buscar inspiração no federalismo cooperativo alemão da Constituição de Weimar de 1919 e austríaco de 1920.

Porém, os caminhos da Federação brasileira orientaram-se por novo norte, em que se verifica a coexistência da União, Estados, Distrito Federal e *Municípios*, tal qual não ocorre no modelo norte-americano, tampouco no modelo alemão. Por tal fato atribui-se ao federalismo brasileiro o termo *federalismo de segundo grau*²⁶⁴ - tipo de federalismo em que o município é ente da federação dotado de autonomia e competências próprias derivadas diretamente do pacto federativo (CFRB).

²⁶¹ Não devemos confundir tendência centrípeta, com federalismo centrípeta, enquanto o primeiro traduz-se na tendência que possui a federação em atribuir um maior número de competências ao ente central (centralização), o segundo refere-se à origem do federalismo, dito centrípeta por ter se originado “de fora para dentro”, ou seja, os Estados, antes soberanos abrem mão de suas respectivas soberanias para formar um único Estado soberano: o Estado Federal (exemplo: EUA), opõe-se a esta última concepção, o federalismo centrífugo, onde um Estado Unitário desmembra-se em vários estados autônomos para formar a federação, conservando a sua soberania (exemplo: Brasil).

²⁶² American Constitutional Law.

²⁶³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. Cit.*, p. 36, *et seq.*

²⁶⁴ Contrariamente, entendendo que município não é ente da Federação: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

Entre nós o sistema do federalismo dual só encontrou acolhida no Texto Constitucional de 1891, já que a Carta de 1934 recepciona as influências dos movimentos que levaram ao surgimento do intervencionismo estatal, iniciando o deslocamento centrípeto de competências e poderes, passando ao modelo cooperativo.

As Constituições de 1967 e 1969 alargaram o processo de centralização de tal forma que autores como Fernanda Almeida, chegam a considerar a transformação do sistema federativo em “quase um estado redividido”²⁶⁵.

A tarefa que se seguiu com a assembléia nacional constituinte, instalada em 01.02.1987, no que se refere à partilha de competências e a umbilicalmente ligada restauração da Federação foi algo de extraordinário, e tendo sido cumprida veio a dar uma nova feição a nossa Federação.

O principal aspecto do federalismo cooperativo brasileiro, retomado pela Constituição Federal de 1988, é a absorção do pensamento solidarista na busca da redução das desigualdades regionais, conforme afirmamos.

Entretanto, temos que buscar o federalismo cooperativo de equilíbrio (solidarista), onde as regiões menos favorecidas desenvolvam seu potencial produtivo para saírem da situação de dependência, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país. Portanto, as políticas públicas, em todos os níveis, quando, ingenuamente, distribuem recursos sem contraprestação produtiva, são fraternalistas, jamais solidaristas. Para concretizar o princípio solidarista é necessária a existência de contraprestação, idéia reforçada pelo princípio constitucional da eficiência (CFRB, art. 37, *caput*).

Outro aspecto relevante é a solidariedade educacional, científica e tecnológica que deve existir entre os entes da federação, tanto em nível vertical (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto horizontal (Estados ou Municípios entre si), através de “protocolos de cooperação”, algo que também deve ser estendido à Administração Pública Direta e Indireta de cada ente.

Imaginemos que o município que fosse destaque nacional em saúde pública assumisse o dever solidarista de celebrar “protocolo de cooperação” com o município com maiores dificuldades neste setor. Estaríamos concretizando o que denominamos *federalismo solidarista de equilíbrio*.

²⁶⁵ op. cit. p. 44.

3. Solidariedade e Democracia – da cidadania solidária

Por que hoje um conceito tão antigo, como o de cidadania, atrai novamente a atenção dos constitucionalistas e dos filósofos práticos? Esse conceito tem sido central no âmbito da filosofia moral e política. *Cidadão* é aquele que pertence a uma comunidade política moderna, cujas instituições pretendem ser justas e precisamente adquirem sua legitimidade dessa pretensão de justiça²⁶⁶. Exercer cidadania é participar ativamente desse processo de construção.

O sonho grego da cidadania cosmopolita é concretizado no novo modelo de cidadania adotado na Europa – a cidadania multicultural, onde se busca conciliar a diversidade de culturas com a necessidade de uma ética universal.

A partir do mundo filosófico, foram empreendidos três caminhos para construir uma ética universal com *força normativa* ou, ao menos, para refletir sobre a possibilidade de construí-la²⁶⁷:

1) Tomar como ponto de partida uma determinada cultura e tentar estender as suas hipóteses éticas às restantes (Liberalismo Político²⁶⁸).

2) Detectar nas diferentes culturas os valores e princípios éticos que já compartilham e construir, a partir deles, uma ética global (Crítica Social Imanente²⁶⁹).

3) Tomar como ponto de partida um fato e descobrir, mediante reflexão transcendental, um núcleo racional normativo que não possa negar-se sem entrar em contradição (Pragmática transcendental²⁷⁰).

Partindo para construção do modelo de ética cívica na sociedade pluralista, Adela Cortina, se aproxima mais da idéia de cidadania solidária. O direito na perspectiva pós-positivista deve pretender estar justificado dentro de um referencial moral e ético.

²⁶⁶ CORTINA, Adela. Ética e Cidade Cosmopolita. Trad. Cláudio Molz. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003, p. 275.

²⁶⁷ *Ibidem*, p.278. A classificação que segue é proposta por Adela Cortina.

²⁶⁸ John Rawls, em *The Law of Peoples*, tenta aplicar no âmbito internacional o procedimento de contornar as diferenças entre doutrinas que abrangem o bem, construindo uma concepção moral de justiça, extensiva a países não liberais (*Op. Cit.*, p. 279).

²⁶⁹ Michael Walzer, em *Thick and Thin*, identificando as moralidades densas (thick morality), encarnadas em cada sociedade particular, e a moralidade tênue (thin morality), extensível além das fronteiras, afirma ser possível, através dessa última, chegar a um conjunto de mandamentos negativos, que poderiam ser estendidos a todas as sociedades. (*Op. Cit.*, p. 280)

²⁷⁰ Nesse ponto se reconhece o caráter dialógico da razão, através da argumentação se discute as possibilidades da moralidade tênue, fundamentando a obrigatoriedade de uma ética universal (p. 281).

As características dessa ética cívica são, resumidamente, as seguintes²⁷¹:

1) É uma realidade social e não construção filosófica; faz parte do mundo vital de uma sociedade pluralista. Conjunto de valores e princípios que os grupos dessa sociedade, que propõe modelos de uma vida boa, já compartilham;

2) É o tipo de ética que vincula as pessoas como cidadãos e não como súditos nem vassallos;

3) É dinâmica. Constitui a cristalização dos valores compartilhados por diversas propostas de vida boa;

4) A ética cívica é uma ética pública (de se fazer conhecida ao público através da opinião pública, com razões compreensíveis e admissíveis);

5) É uma ética dos cidadãos, portanto própria dos membros da sociedade civil, não uma ética estatal;

6) É uma ética laica, que não aposta em nenhuma determinada confissão religiosa, mas também não se propõe a eliminá-las.

A cidadania solidária é produto do compromisso ético e humanístico com a efetividade dos direitos fundamentais pela via solidarista, que realiza o sonho kantiano de comunidade ética cosmopolita na exata medida que a cidadania tende a ser mundial.

Existindo maior integração entre os Estados Constitucionais Cooperativos, onde os princípios possibilitadores da efetividade dos direitos humanos constituem a sua base ética, o direito internacional público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um “direito internacional dos direitos humanos”, garantindo *status* específico aos cidadãos dos diversos países²⁷².

A democracia na perspectiva solidarista se materializa, em termos gerais, quando o conteúdo dos atos dos representantes faz-se justo em face dos cidadãos²⁷³ possibilitando o desenvolvimento integral da condição humana em termos sociais, econômicos e culturais, respeitando as liberdades fundamentais e fortalecendo os laços de solidariedade.

²⁷¹ CORTINA, Adela. *Op. Cit.*, p. 284 *et seq.* Ver também, da mesma autora: *Ética mínima*. Madrid: Tecnos, 1986; *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 1993.

²⁷² Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 310.

²⁷³ Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cit., p. 294.

A existência de mecanismos deslegitimadores (impeachment, recall, responsabilidade política, destituição, moção de censura²⁷⁴), como instrumento necessário ao exercício da cidadania em favor da efetividade dos direitos fundamentais, está diretamente relacionada ao fortalecimento da democracia.

Nas palavras de Bobbio: “Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou seja o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e depois, conservar as liberdades civis”²⁷⁵.

A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto significa que os direitos humanos não substituem a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos²⁷⁶.

A cidadania solidária também se concretiza na forma de participação política reivindicatória das condições básicas de vida digna para todos, garantindo o acesso aos bens indispensáveis ao mínimo existencial. Efetiva-se na satisfação das expectativas dos menos favorecidos, proporcionando-lhes uma justa igualdade de oportunidades, pois, onde a exclusão social se faz presente, a liberdade e a justiça não se manifestam, senão para poucos.

4. O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário

Já afirmara Montesquieu, um dos formuladores da doutrina da separação dos Poderes:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

²⁷⁴ Canotilho denomina tais mecanismos de procedimentos constitucionais deslegitimadores, reconhecendo-lhes a sua importância em termos iguais ou maiores que os procedimentos eleitorais legitimadores. A fórmula de Popper é a expressão mais sugestiva deste modo de conceber o princípio democrático: “*A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser*”. A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de limitação prática do poder, com instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem tentações tirânicas. (*Op. Cit.*, p. 292)

²⁷⁵ *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 65.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Clemerson Merlin Clève et. al (organizador). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

Seguindo o mesmo entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁷⁷, em seu art. XVI, afirma: *Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.*

A separação de funções estatais comporta a interdependência funcional instrumental aliada à harmonia substancial, ambas subordinadas aos objetivos e finalidades constitucionais do Estado, especificamente ao regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico. Resumidamente, o Estado se organiza para realizar os direitos fundamentais.

O art. 2º da nossa Lei Fundamental estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Independência e harmonia conduzem à interdependência. A interdependência funcional é instrumentalizada pela Constituição Federal para que o Estado alcance, com fundamento nos preceitos nela estabelecidos, os seus objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*; a garantia do *desenvolvimento nacional*; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e por fim, a *promoção do bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da separação e *interdependência* dos Poderes possui a função de garantia da Constituição, conforme leciona Canotilho²⁷⁸, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os Órgãos de Soberania transformam-se em relevantes fatores de observância da Lei Fundamental.

²⁷⁷ Texto original: Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, Article 16: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des puvoirs déterminée, n'a point de constitution.

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 881. O uso do termo *interdependência* é nosso (reforça a idéia de solidariedade entre os poderes). O professor de Coimbra utiliza o termo *independência*.

É na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Pois mesmo os atos não normativos diretamente densificadores de momentos políticos da constituição – atos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas constitucionais²⁷⁹.

O princípio da separação dos Poderes constitui *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, III, CFRB), não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-lo, pode, entretanto ser ampliado²⁸⁰, passando alguns órgãos a adquirirem *status* constitucional de novo Poder a exemplo da autonomia conquistada pela Defensoria Pública após a Emenda Constitucional 45/2004.

Os problemas de integração, que todas as sociedades altamente complexas precisam superar, só podem ser resolvidos por meio do Direito moderno, se esta integração, e aqui me refiro à integração entre os órgãos de soberania, for gerada a partir de um Direito legítimo constituído por aquela forma abstrata de solidariedade política, cuja continuidade ou ruptura dependerá da concretização de direitos fundamentais²⁸¹.

Ao Judiciário atribui-se papel mais (cri)ativo para que sua função se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais e que a jurisdição se afirme como novo elemento de inclusão social²⁸², contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Ao Ministério Público cabe maior participação na proteção dos interesses das minorias carentes, passando de fiscal da lei a construtor do projeto constitucional de uma ordem jurídica justa, esse o sentido solidarista a ser atribuído ao art. 129, III da CFRB²⁸³.

²⁷⁹ Nesse sentido, Canotilho vai mais além e afirma que o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de que atos dos poderes públicos não violem por ação as regras e princípios constitucionais; também a omissão inconstitucional, por falta de cumprimento de deveres jurídicos de legislar contidos em normas constitucionais, constitui violação do princípio da constitucionalidade. *Op. cit.* p. 246.

²⁸⁰ As cláusulas pétreas não são imodificáveis, o que se proíbe é o seu retrocesso, a sua evolução e ampliação é tão correta quanto necessária. São as cláusulas pétreas que fundamentam constitucional e discursivamente a construção da teoria da *proibição de retrocesso*.

²⁸¹ Cf.: HABERMAS, Jürgen. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003, p. 81.

²⁸² Sobre o último aspecto, identificando a Jurisdição como elemento de inclusão social: MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

²⁸³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Defensoria Pública na defesa dos necessitados, com os novos instrumentos que as recentes reformas infraconstitucionais lhe proporcionaram (legitimidade para propor ação civil pública, comunicação em no máximo vinte e quatro horas das prisões em flagrantes de pessoas que não possam pagar advogado, etc.) tem acompanhado a nova tendência das reformas constitucionais no sentido de fortalecer a dimensão institucional dos direitos fundamentais.

Ao Legislativo cabe a tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição²⁸⁴. Posteriormente lhe incumbe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma, em suma, é preciso legislar objetivando atingir o interesse público primário (do povo) e fundamentalmente em defesa das comunidades carentes.

Destarte, realizar os direitos fundamentais partindo de atividade legislativa torna-se possível com uma maior democratização dos processos legislativos e do próprio direito, mas acima de tudo, em não havendo participação popular no diálogo formativo das leis, respeitando adequadamente a autonomia dos cidadãos individuais, fortalecendo os laços de solidariedade. Afinal, os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa²⁸⁵.

Em nível executivo, com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos²⁸⁶.

Nossa Constituição é notadamente dirigente, portanto, grande parte da concretização dos seus preceitos se dá através de políticas públicas ou programas de ações governamentais desenvolvidas pelo Governo²⁸⁷.

²⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

²⁸⁵ *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 281.

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

²⁸⁷ Karl Loewenstein possui interessante obra sobre esse assunto: *Political Power and the Governmental Process* publicado em 1957 pela University of Chicago Press, onde ressalta a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle. Em Ronald Dworkin, a política pública é espécie do gênero norma jurídica (nota 29).

É preciso corrigir o equívoco ainda presente em nossas Instituições que é o fato de não estarem, com raras exceções, a serviço das camadas sociais menos favorecidas. Realizando o que Rawls denomina princípio de igualdade de oportunidades eqüitativas, reforçado por um princípio de redistribuição ou *princípio de diferença*, segundo o qual as únicas desigualdades aceitáveis são aquelas que beneficiam aos mais desfavorecidos²⁸⁸.

5. Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem internacional – constitucionalismo multinível

A justificativa que se apresenta a esta abordagem, de forma mais direta, é a de submeter a Teoria do Estado ao desafio de desvendar fenômenos que hoje se encontram em processo de conformação e compreensão, como o novo modelo de Estado que se chama União Européia, e talvez num futuro bem próximo, o Mercosul.

A soberania já não é algo absoluto, as fronteiras entre os países não mais representam limites à atuação do Estado, o povo como elemento constitutivo do Estado, ao adquirir a dupla cidadania²⁸⁹, passa a ser também elemento constitutivo da ordem supranacional.

Inicialmente será estudado o conceito de soberania, sua construção nos diversos momentos históricos até a sua conformação atual, para em seguida adentrarmos na sua fundamentação constitucional, já que a época moderna tem como corolário no plano jurídico-político a doutrina constitucional, como organizadora das condições institucionais da vida em sociedade²⁹⁰.

²⁸⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §§ 11-13 e 46.

²⁸⁹ Estamos a nos referir à dupla cidadania do europeu que a exerce tanto no âmbito do seu país quanto na União Européia (nos casos dos países que a integram).

²⁹⁰ WILSON, David de Abreu Prado, Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, nº 28. São Paulo: RT, 1999, p. 107.

Num segundo momento analisaremos o fenômeno da globalização econômica como fator de relativização da soberania dos Estados²⁹¹, culminando com a formação de blocos comunitários de cunho econômico, social e político tendo como principal característica a supranacionalidade e a interconstitucionalidade²⁹² realidades próprias do constitucionalismo multinível.

Por fim, serão identificados os reflexos da globalização econômica e da relativização da soberania na nossa realidade social, apontando propostas direcionadas ao resgate da dignidade da pessoa humana, a qual por mais distante que possa estar o alcance da sua plenitude, jamais poderá deixar de ser buscada.

O conceito de soberania está condicionado à história e espelha as circunstâncias de cada época histórica, suas idéias, seus sucessos, enfim, os fatos acontecidos no tempo e no espaço²⁹³.

No final da Idade Média, a vontade dos monarcas não sofria qualquer limitação, ninguém lhes disputava o poder, eram eles senhores da vida e da morte dos seus súditos, tal fato condicionou a percepção da soberania em seu aspecto absoluto e completo, tal qual introduzido pelos teóricos do Estado.

É Jean Bodin²⁹⁴, por volta de 1576, na sua obra *“Les Six Livres de la Republique”*, quem primeiro busca conceituar a soberania, esclarecendo que esta representa o poder absoluto e perpétuo da República²⁹⁵, não sofre limitações, nem tampouco interrupções temporais. Deixou, o citado autor, de mencionar a característica da inalienabilidade, o que outros teóricos fariam posteriormente.

Dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau em sua obra *“O Contrato Social”*, ao tratar do tema da soberania, transfere a titularidade do seu exercício da pessoa do governante para o povo. Além de reconhecer as características da inalienabilidade e indivisibilidade como fundamentos da soberania²⁹⁶.

²⁹¹ Estamos a nos referir a relativização da soberania dos **Estados**, já que a soberania das Uniões entre os Estados (União Européia, União Africana) tende, ao contrario, a se fortalecer como veremos no transcorrer do trabalho.

²⁹² Expressão utilizada por Gomes Canotilho em seu Direito Constitucional e teoria da Constituição. p. 1407. E, recentemente, em sua nova obra: *“Branquosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

²⁹³ Sobre o assunto consultar: AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento)*. São Paulo: Lex, 1958, p. 63. *et seq.*

²⁹⁴ BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la Répuplique*, Chez Jacques du Puis Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy, Paris, 1583.

²⁹⁵ A expressão República equivale ao moderno significado de Estado, conforme ressalta DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

²⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.* p. 78.

Nos séculos seguintes várias abordagens e concepções farão a conformação do conceito de soberania que a seguir apresentaremos de forma bastante sintética.

A soberania é a expressão da vontade de uma ordem, qualidade ou elemento essencial do Estado, que expressa a plena eficácia do poder em conformidade com o ordenamento jurídico, fazendo valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, tendo o povo como titular do seu exercício, que a exerce através dos órgãos de soberania do Estado na forma que a constituição fundamenta e o momento histórico e a realidade social lhe condiciona²⁹⁷.

A questão da soberania, em face da nova ordem mundial apresenta-se das mais complexas e controversas, tanto em termos de Direito interno, quanto internacional, começando pela multiplicidade de concepções a respeito.

Charles de Visscher²⁹⁸ em 1962 já assinalava que as sucessivas concepções jurídicas de soberania representavam o reflexo das transformações históricas do poder político, considerado tanto na sua organização interna como nas suas relações com o exterior:

“Lo que la doctrina se resiste aún a admitir es la persistencia en la realidad de la vida internacional de una concepción de la soberanía que, en ciertos aspectos, contradice la suya. Sin duda alguna se han exagerado los contrastes, pues el hombre político no desconoce por lo general los límites que la libertad de acción del Estado impone la coexistencia con otros Estados y, en circunstancias normales, acepta los deberes y los cargos derivados de tal estado de cosas. Bien es verdad que, en lo que afecta al Derecho, el Estado mantiene con reserva la excepción de soberanía. Al Estado, como unidad de poder, le repugna ser solamente un sujeto de derecho. Considera que no solo le incumbe definir por si mismo aquellos de sus intereses que considera vitales, sino también protegerlos por todos los medios de que dispone, incluso mediante el empleo de la fuerza armada, que en el orden externo es la negación de la ley común de la coexistencia”.

²⁹⁷ Para aprofundar no assunto, Dalmo de Abreu Dallari em *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p.79. indica: Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, p.177; Oreste Raneletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Parte Geral, p. 78; Georg Jellinek, *Teoria General Del Estado*, p. 365; Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 58; Herman Heller, *La Soberania*, p. 214; Hans Kelsen, *Teoria General Del Estado*, p. 133; Marco Tullio Zanzucchi, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p.20;

²⁹⁸ VISSCHER, Charles, *Teorias y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 108 et seq.

Albuquerque Mello refere-se à soberania dos Estados como o *direito à liberdade ou à independência, dentro dos limites fixados pelo Direito Internacional, para realizar os atos que lhe aprouver sem necessitar do consentimento de qualquer outro Estado*²⁹⁹.

Verdross, citado ainda por Albuquerque Mello, assinala que a soberania significa competência territorial, bem como competência sobre os indivíduos nesse território. Acrescenta, todavia, que a soberania ou independência do Estado é encarada atualmente no seu sentido relativo, isto é, feixe de competência territorial, bem como uma das competências que os Estados possuem, mas outorgado e limitado pela ordem internacional³⁰⁰.

O reconhecimento da soberania dos Estados tem sido feito em inúmeros textos internacionais, como a carta da ONU cujo art. 2º, alínea 7.ª, estipula: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assunto que dependa essencialmente de qualquer Estado”.

Conforme leciona Canotilho, *a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano Internacional. A soberania no plano interno, traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o caráter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas*³⁰¹.

Quanto à *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência), o autor a considera, por natureza, *relativa*, posto que existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado, ressaltando que, ainda assim, significa a igualdade dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).

Partindo agora para a fundamentação constitucional da soberania, passaremos a analisar como ela é contemplada no nosso ordenamento jurídico constitucional e como devemos interpretá-la.

²⁹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 357.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 357 *et seq.*

³⁰¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 90.

A Constituição Federal de 1988 trata inicialmente da soberania no seu art. 1º, apresentando-a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; em seguida, o art. 5º, LXXI, concede mandado de injunção quando inviável o exercício dos direitos e liberdades condicionais e prerrogativas inerentes à *soberania*, cidadania e nacionalidade, diante da falta de normas para amparo expresso a tais direitos; já o art. 14 estabelece que a *soberania popular* deve ser exercida pelo instrumento do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos; por fim, o art. 170, I, dispõe sobre a *soberania* como princípio da ordem econômica.

Embora difusas as disposições legais, o texto constitucional brasileiro mostra que a soberania não é mais regulada como qualidade intrínseca e exclusiva do Estado, este é que se legitima através dela. Por isso preferimos substituir converter a noção de soberania em “capacidade de servir” passando a solidariedade a substituí-la enquanto fundamento da República, permanecendo a soberania como elemento constitutivo do Estado.

Canotilho argumenta que a constituição confere legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir a ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem indispensável bondade material (legitimidade) e, ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (legitimação)³⁰².

Aqui se registrou o significado moderno que assumiu a soberania no seu ciclo histórico de buscar na sociedade, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia e legitimidade jurídicas.³⁰³

Também é importante ressaltar que a tendência atual para a abertura internacional pressuporá, indissolavelmente, a abertura da constituição que, segundo Canotilho³⁰⁴, deixa de ter a pretensão de fornecer esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional.

³⁰² Ibidem, p. 1421.

³⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial – A crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed.- São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 35.

³⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 367.

Esse entendimento busca oferecer maior efetividade ao texto constitucional no que se refere à soberania, já que este fenômeno encontra-se em constante mutação. A soberania deve ser lida a partir da Constituição e, se esta não apresentasse abertura no conteúdo de suas normas, tal leitura se tornaria impraticável.

A crise no conceito de Estado em face da relativização da soberania implica necessariamente na reformulação da ordem jurídica constitucional que é o instrumento jurídico fundamental conformador do Estado, instituição reflexiva da identidade cultural, social, normativa e política do seu povo. O Estado é processo, já nos ensinava Adolfo Posada³⁰⁵ em 1935. Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho³⁰⁶ que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é elemento estabilizador da própria identidade.

A globalização é fenômeno social, consistente na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de práticas políticas decorrentes da globalização econômica³⁰⁷.

A globalização econômica consiste na progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, induzida pela redução de tarifas de exportação, de obstáculos aduaneiros e pela padronização das operações mercantis³⁰⁸.

Para Guidens, a globalização é a intensificação das relações sociais em escala mundial que liga localidades distantes de maneira que eventos longínquos modelam acontecimentos locais e são por eles modelados³⁰⁹.

³⁰⁵ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935. p. 10-11.

³⁰⁶ *Op. Cit.*, p. 1057.

³⁰⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. O Euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8. Nº 31. São Paulo: RT, 2000, p. 10.

³⁰⁸ FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação – perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997, p. 64.

³⁰⁹ *As conseqüências da modernidade*. Tradução: Raul Filker, São Paulo: UNESP, 1991, p. 69.

Existe frase de Guy Sormon, economista francês, que retrata bem o fenômeno da globalização das economias: “*O deslocamento de ar provocado pelo batimento da asa de uma borboleta em Pequim pode provocar um furacão na Califórnia*”³¹⁰. Trata-se de metáfora que podemos verificar na nossa realidade global, em que situações ou eventos ínfimos provocam desdobramentos de grandes proporções.

Numa sociedade tão “conectada” em si mesma, como jamais existiu, em que desestabilizações de economias nacionais, fluxos instantâneos de capitais, queda acentuada em bolsas de valores, especulações financeiras, enfim, situações fáticas temperadas pela *realidade virtual* e o *tempo real* integram o cotidiano, o pensamento de Guy Sormon torna-se cada vez mais atual.

A globalização se consolidou com tamanha rapidez e profundidade que muitos já a tratam como processo irreversível, isso por diversos motivos. O PIB de determinado país, por exemplo, deixou de depender apenas de fatores internos³¹¹.

À medida que aumentam as exportações e importações, novos elementos são inseridos no cômputo dos números da economia. A importância, para a economia nacional, do comércio internacional cresceu vertiginosamente; isso com certeza reflete na soberania do estado, que se relativiza proporcionalmente ao aumento do grau de dependência econômica que lhe afeta.

É certo que a soberania lida sob a ótica dos antigos teóricos do Estado não mais se aplica ao mundo globalizado. É importante refletirmos, principalmente por ser a globalização processo dinâmico e em constante transformação, se o que estamos a observar é realmente a relativização da soberania ou se apenas houve transferência do âmbito do exercício da soberania do Estado para o ente supranacional, que por seu turno seria capaz de exercer soberania plena no seu âmbito de atuação.

A relativização da soberania em face da globalização econômica deve ser lida sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito à relativização da soberania dos Estados que integram as chamadas Comunidades ou Uniões Internacionais. O segundo refere-se à relativização da soberania dos Estados economicamente dependentes.

³¹⁰ GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8, Nº 33. São Paulo: RT, 2000, p. 46.

³¹¹ *Ibidem*, p. 53.

É patente que a relativização da soberania dos países ditos subdesenvolvidos não é fenômeno atual, portanto seria ingenuidade atribuir esta relativização à globalização. Esta última, conforme lição de Canotilho³¹², torna as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturantes. Porém, em nossa opinião, não determina a relativização da soberania desses países, esta está ligada a fatores determinantes de ordem histórica, sejam eles sociais, políticos, culturais e /ou econômicos.

Apesar de não ser fator determinante, é a globalização econômica, um dos principais fatores não só de aumento da relativização da soberania, como também do acréscimo das desigualdades sociais.

Com relação à soberania dos países que integram ordens supranacionais, a exemplo da União Européia, e que abrem mão de fatias importantes da sua soberania nacional, entendemos que, em tais casos, não existe relativização da soberania desses Estados. Ao contrário, sua soberania encontra-se fortalecida em decorrência da constelação de *fatores reais de poder*³¹³ em torno de objetivos comuns. Há, aqui, transferência do exercício da soberania para órgãos supranacionais. Os doutrinadores que insistem em caracterizar a soberania desses países como relativa, adotam conceito de soberania limitado, nos termos que a tratavam os antigos teóricos do estado, e que não condiz com a realidade atual.

Se for certo que a União Supranacional constitui novo tipo de Estado soberano, não é menos correto afirmar que o faz com o objetivo de recuperar o poder, em especial o poder econômico que tem perdido para as grandes corporações (em estudo feito por Hertz e publicado pela Harper em 2003, *das cem maiores economias do mundo, cinqüenta e uma são empresas enquanto quarenta e nove são Estados*)³¹⁴.

³¹² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1351.

³¹³ Expressão utilizada por Ferdinand Lassale em sua obra *A Essência da Constituição*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juirs, 2001. Aqui ela foi empregada no sentido de força projetada por uma unidade estatal.

³¹⁴ HERTZ, Noreena. *The Silent Takeover - Global Capitalism and the Death of Democracy*. New York: Harper, 2003.

Nessa busca frenética por crescimento econômico (dimensão quantitativa), não deve o Estado ignorar a sua finalidade constitutiva que é manter a centralidade dos direitos fundamentais do ser humano num equilíbrio capaz de proporcionar desenvolvimento econômico (dimensão qualitativa) com bem-estar social³¹⁵.

O crescimento econômico liga-se aos *aspectos quantitativos* da economia, de incremento da produção e exportação, entrada de ativos financeiros, aumento do superávit etc., sem a correspondente vinculação aos *aspectos qualitativos*, tais quais: aumento do índice de desenvolvimento humano, redução das desigualdades sociais, mobilidade social etc., essenciais à existência do desenvolvimento econômico.

Não existe desenvolvimento econômico com retrocesso ou estagnação do bem-estar social. Pode até existir desenvolvimento econômico sem crescimento econômico, e vice-versa. Veja o exemplo da Argentina, que em novembro de 2005 registrou crescimento econômico de 9% e ainda assim a política econômica conduzida pelo governo sofreu severas críticas por parte de integrantes da Igreja Católica daquele país que não percebiam esse crescimento econômico refletido no bem-estar social da população.

O Estado Solidarista também é reflexo de uma rede de contribuições na ordem internacional, da abertura cooperativa para o mundo. Essa abertura implica num fenômeno denominado *constitucionalismo multinível*, no qual a interconstitucionalidade e a interculturalidade fazem-se presentes.

A teoria da interconstitucionalidade³¹⁶ estuda as relações entre as diversas constituições dentro do mesmo espaço político, a convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes nesse mesmo espaço.

³¹⁵ Para maior compreensão da diferença entre desenvolvimento econômico e crescimento econômico consultar nosso trabalho: *Relação jurídica constitucional das normas de conteúdo econômico: o sistema constitucional de planos e a autonomia dos entes federados, em face da globalização econômica e da legitimidade do "superávit" primário mínimo com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico*. Monografia. Salvador: UFBA, 2005.

³¹⁶ Interconstitucionalidade não é o mesmo que direito comparado, pois servem a finalidades diversas, apesar de empregarem métodos similares. Enquanto no primeiro existe uma vinculação necessária entre as constituições, no segundo, determinada constituição serve de paradigma dogmático para estudo e aprofundamento de questões jurídicas sem uma necessária vinculação. A interconstitucionalidade é fenômeno constitucional. O direito comparado é método de estudo importantíssimo para identificação das famílias de Direito e os diversos sistemas jurídicos. (nota do autor).

No panorama jurídico constitucional brasileiro podemos citar como exemplo, a articulação da Constituição Federal com as Constituições Estaduais (vide art. 25 da Constituição Federal e art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, normas de direito interconstitucional). Isso não traz nada de novo. O que há de especificamente novo, conforme Canotilho, é a existência de rede de constituições de estados soberanos; as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex: comunidades políticas supranacionais); a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; a articulação a *coerência constitucional* estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; a criação de esquema jurídico-político caracterizado por grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a constituição revelada pela organização política de grandeza superior³¹⁷.

É com a autodescrição³¹⁸ das identidades nacionais que as várias constituições dos variados países *reentram* em formas organizativas superiores, com vistas à manutenção do valor e função das constituições dos Estados³¹⁹.

O fenômeno da interconstitucionalidade pressupõe o fenômeno da **interculturalidade constitucional**³²⁰. A intercultural realça a idéia fundamental de *partilha* de cultura, de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros³²¹.

A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a idéia de constituição cultural e Estado Constitucional cultural. Nesse contexto, por exemplo, as Constituições da União Européia converter-se-ão em instrumentos relevantíssimos de uma **hermenêutica européia** que procura articular o reconhecimento das identidades nacionais com a formação da *identidade cultural européia*³²².

³¹⁷ *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1407.

³¹⁸ Produção de texto com o qual e através do qual determinada organização se identifica com si própria (sentido luhmanniano).

³¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1408.

³²⁰ *Op. Cit.* p. 1409.

³²¹ Existe aqui um campo fecundo para a aplicação da Tópica de Viehweg, porém, não sendo esse nosso objetivo, fica apenas a sugestão. Topoi (plural de topos) são pontos de vista, lugares comuns ou esquemas de pensamento, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descartar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, dessa forma, arte de invenção e, como tal, técnica do pensar problemático. Para maior compreensão do assunto, consultar a obra de Viehweg: *Tópica e Jurisprudência*.

³²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1410 et seq.

O fenômeno da interconstitucionalidade trazido para o contexto do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, encontra amparo, no aspecto externo³²³, no *art. 4º, parágrafo único* da Constituição Federal, o qual estabelece que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*

Ao se fazer paralelo entre Estado e direitos fundamentais, pode-se observar que a evolução estrutural do Estado, até algumas décadas atrás, vinha acompanhando a evolução dos direitos fundamentais, cite-se o exemplo do Estado Liberal paralelo à primeira geração dos direitos fundamentais (direitos de liberdade) seguido pelo Estado Social que acompanhou o surgimento da segunda geração dos direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais)³²⁴.

Porém, o que se viu com a terceira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) foi a sua positivação no plano formal e a conformação jurídica do Estado Democrático e Social de Direito distante do alcance da concretização de tais direitos fundamentais. Isso porque sua conformação política atual é a de Estado Neoliberal que se compatibilizaria ao primeiro tipo de Estado aqui citado, jamais às demais gerações de direitos fundamentais (segunda, terceira e quarta para aqueles que reconhecem a existência desta última geração).

Fazemos referência ao *Estado Solidarista*, sendo esse, o verdadeiro Estado Constitucional, para instigar na mente daqueles que lutam pelo resgate da dignidade do ser humano, este só alcançável pela concretização de todas as dimensões dos direitos fundamentais, que passem a defender o modelo político coerente com o modelo jurídico, sob pena de termos uma Constituição puramente semântica (Karl Loewenstein) ou simples folha de papel (Ferdinand Lassale).

³²³ Aspecto externo traduz-se por ordem jurídica internacional estabelecida entre vários Estados Soberanos. Enquanto aspecto interno identifica-se com ordem jurídica interna dos Estados Autônomos em face do Estado Soberano (Federação).

³²⁴ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Nosso maior desafio encontra-se em estudar esse fenômeno que ainda não está claramente definido, que é a globalização - se é que algum dia se poderá defini-lo em todas as suas facetas. Porém, as suas conseqüências já se fazem sentir na realidade mundial. Canotilho³²⁵ já fala em Constitucionalismo Global, que para ele é paradigma que hoje não se encontra em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional. Diferente de Canotilho, o vemos como realidade concretizada, veja a Constituição Européia³²⁶.

Num mundo onde os fenômenos sociais, políticos e econômicos transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais, em que se observam crescimentos extraordinários entre as grandes corporações, devemos questionar quais valores devem conformar a soberania e o fenômeno constitucional. Será a busca inconstitucional por lucro, do neoliberalismo? Ou será a construção do desenvolvimento econômico necessariamente vinculado ao bem-estar social e à centralidade dos direitos fundamentais?

A resposta parece óbvia, porém, a realidade é que o capital internacional e o poder econômico determinam muitas das decisões políticas fundamentais. Quem está no poder tende a criar cenário propício a se prolongar nesse poder. Atualmente se avalia a violação aos direitos fundamentais em termos de custo-benefício empresarial, pois a sanção pela sua violação, quando aplicada, será, na maioria das vezes, determinado valor monetário, na linguagem empresarial, uma "externalidade".

Resta ao novo paradigma da Teoria do Estado oferecer à globalização econômica, a globalização dos direitos humanos. A dimensão moral deve ser pressuposto da política mundial, tanto dos Estados quanto das Empresas, num compromisso irrenunciável com a dignidade humana e que nem Adam Smith³²⁷, pai do liberalismo, ousou ignorar em seus escritos.

³²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002. p. 1352.

³²⁶ Sobre o assunto consultar: TEIXEIRA, Carla Noura. A constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – nº 53. São Paulo: RT, 2005; VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia – o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Constituição Européia - Constitucionalização do Neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

³²⁷ *A riqueza das nações*. Cit.

Podemos observar que a realidade da União Européia é tão complexa que até mesmo a geração dos direitos fundamentais, que essa estrutura supranacional propôs inicialmente a tutelar, foi a segunda (os direitos sociais, econômicos e culturais). Já existem respostas concretas se conformando em resposta à política neoliberal, não se surpreenda se esta resposta for novo modelo de Estado. Destarte, ficamos a imaginar a estrutura de Estado que um dia surgirá, talvez algo que nossos Estados em suas antigas conformações ainda não alcançaram ao longo dos séculos de existência, como o Estado de Fraternidade Social ou Estado Solidarista – Estado voltado à consecução da terceira geração dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) tendo por pressuposto a plena concretização da segunda geração desses mesmos direitos e o resgate da dignidade da pessoa humana como o valor fonte desse *“multilevel constitutionalism”*.

O neoliberalismo venceu todos os “ismos” que surgiram ao longo da história, seja o comunismo, socialismo, fascismo, autoritarismo, populismo etc. Porém, jamais vencerá o constitucionalismo, pois é na Constituição que reside a última trincheira de resistência à política econômica neoliberal e o fracasso social que ela representa. Assim, globalizemos os direitos fundamentais, a intransigente e efetiva defesa do meio ambiente, a erradicação da miséria e da pobreza, a consciência de que os ódios inter-étnicos que têm conduzido o ser humano à barbárie, é também resultado da atual política de globalização neoliberal, ou simplesmente, globalizemos as Constituições que são os verdadeiros repositórios dos valores fundamentais das nações do mundo.

Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, que a Constituição enquanto processo postula de forma quase que poética, e que um dia se dirá profética. A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios do Estado Constitucional.

6. Solidariedade enquanto fundamento da República – uma nova proposta

A solidariedade constitui verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, já que o pensamento solidarista tem implicações diretas na Democracia, na Separação de Funções Estatais, na noção jurídica de República, no modelo federalista e principalmente nos direitos fundamentais.

Com relação à soberania, desde Duguit, esta já havia se despojado do seu poder de mando e convertida em capacidade de servir³²⁸. A noção de soberania fora substituída pela noção de serviço público.

Nossa proposta é clara e objetiva: substituir o dispositivo constitucional “soberania” previsto no art. 1º, I da CFRB, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil por “solidariedade”, este, o verdadeiro fundamento do nosso Estado Constitucional.

No que se refere à ordem internacional, a soberania se afirma diretamente na independência nacional (art. 4º, I, CFRB)³²⁹. Fenômeno que, conforme observamos anteriormente, adquire novas perspectivas decorrentes do constitucionalismo multinível e que se fortalece pela transformação da independência em interdependência solidarista (Cooperação Internacional³³⁰), com novos reflexos nas relações entre os Estados em decorrência da concretização do pensamento solidarista na ordem internacional.

Com relação à ordem interna, não faz sentido continuarmos insistindo numa suposta “supremacia” pertencente ao Estado na defesa dos interesses públicos³³¹, pois o que deve existir enquanto fundamento da República é a “capacidade de servir” no interesse maior e solidário de concretização dos direitos fundamentais.

³²⁸ Nesse sentido: *Soberania y libertad*, Op. cit., p. 24.

³²⁹ Também podemos perceber como expressão da *soberania na ordem internacional* os demais princípios do art. 4º: prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

³³⁰ Sobre o Estado Constitucional Cooperativo ver: HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

³³¹ Para melhor compreender essa nova visão de interesse público consultar: SARMENTO, Daniel (Organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

Capítulo IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOLIDARISTA

Os direitos de terceira geração têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Paulo Bonavides³³²

1. Dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais constituem elementos constitucionais necessários à concretização do pensamento solidarista, seu aspecto vivo e dinâmico. Fortalece a democracia e confere legitimidade às ações estatais. Vincula os particulares em suas relações privadas. Possuem aplicabilidade imediata.

Em face das diversidades culturais e da desigualdade baseada na diversidade, dentro do mesmo espaço político, os direitos fundamentais adquirem nova dinâmica no processo de concretização.

Entendê-los como princípios foi a fórmula encontrada para manter o seu efeito irradiante em relação ao maior número de situações fáticas possíveis, favorecendo a sua máxima efetividade e mantendo o seu núcleo essencial no momento da ponderação, tornando-os harmonizáveis e concordantes entre si quando aplicados aos casos carentes de decisão. O direito de propriedade e vários outros direitos fundamentais ao serem concretizados devem ser ponderados em suas expressões: individual, social e solidária.

³³² *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

Os direitos fundamentais possuem caráter normativo supremo na ordem constitucional, constituem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CFRB) e apesar de não existir hierarquia deontológica (dever-ser) entre as normas constitucionais, existe hierarquia axiológica³³³ (valorativa). Podemos ainda afirmar que os direitos fundamentais cumprem função teleológica (finalidade) em relação às normas constitucionais que tratam da organização do Estado, já que este último só existe para tornar os primeiros reais e efetivos.

Os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, como obrigações positivas por parte dos Estados, continuam sem ser entendidos em sentido plenamente normativo, referindo-se a eles como fins ou princípios que se conseguiram gradualmente atendidos dentro da esfera do economicamente possível³³⁴.

Afirma Carbonel que os direitos fundamentais e sua efetiva aplicação e concretização, seguem sendo os parâmetros iniludíveis de valoração da legitimidade dos poderes públicos e da qualidade democrática dos países. Assim, nenhum país poderá chamar-se democrático, e nenhum governo será legítimo se não observa e dá cumprimento real aos direitos fundamentais, incluindo desde logo os direitos sociais, que não podem ser tratados de forma absolutamente separada dos direitos de liberdade³³⁵.

Dirley da Cunha Junior afirma a aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Distingue entre os *direitos originários a prestações* (ou direitos sociais originários) e os *direitos derivados a prestações* (ou direitos sociais derivados). Enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independente de concretização legislativa, os direitos derivados a prestações correspondem, na verdade, às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional³³⁶.

³³³ Em face da hierarquia axiológica é que se processa a ponderação, sempre no processo de concretização da norma, onde os fatos sociais (âmbito normativo) se agregam aos enunciados lingüísticos constitucionais (programa normativo) para construir a norma jurídica de decisão, neste momento se estabelece, em caso de colisão, qual o princípio irá prevalecer.

³³⁴ CARBONEL, Miguel. *Derechos fundamentales y el Estado*. p. 882

³³⁵ *Op. Cit.* p. 889.

³³⁶ *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. Cit., p. 287.

No RE 267.612-RS, relatado pelo MIN. CELSO DE MELLO, afirmou-se que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar:

EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196).

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado³³⁷.

Os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais são imediatamente aplicáveis. Sua dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país e do avanço da cooperação internacional não exime o Estado de obrigações e deveres em escala que vai sempre do que se denomina *mínimo existencial* ao máximo de satisfação e fruição dos direitos fundamentais inseridos em redes de solidariedade social.

³³⁷ A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

2. Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

A categoria da eficácia pode ser estudada sob o enfoque jurídico (eficácia jurídica), assim como sob o enfoque social (eficácia social). A eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de produção de efeitos normativos no âmbito da norma jurídica, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. Já a eficácia social, diversamente da eficácia jurídica, corresponde a idéia da norma estar sendo efetivamente observada e respeitada no mundo dos fatos³³⁸.

Destarte, a eficácia jurídica está relacionada com a potencialidade normativa, enquanto a eficácia social está relacionada com o efetivo cumprimento da norma no mundo fático. O conceito de aplicabilidade identifica-se com o conceito de eficácia jurídica³³⁹.

O art. 5, § 1º, da CF estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*”. Tal imediatidade faz com que a aplicabilidade ultrapasse os contornos da eficácia jurídica para alcançar o da eficácia social, já que os direitos fundamentais não constituem promessas de realização, mas acima de tudo normas jurídicas imediatamente concretizáveis.

O professor José Afonso da Silva, que adota a perspectiva de que todas as normas constitucionais são providas de eficácia, as discriminando em três categorias: *normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*³⁴⁰. Propõe uma classificação quanto à eficácia e aplicabilidade, classificando-as:

- 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, *imediata* e integral;
- 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e *imediata*, mas possivelmente não integral;
- 3) normas de eficácia limitada: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípio programático³⁴¹.

³³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: RT, 2003, p. 60.

³³⁹ Conforme José Afonso da Silva: “Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social”, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 82.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 86.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que não dependem de legislação posterior para a sua concretização. São normas que produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), por receberem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados³⁴².

As normas constitucionais de eficácia contida apresentam aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, por estarem sujeitas a restrições constitucionalmente previstas ou passíveis de regulamentação que limite a sua aplicabilidade. José Afonso da Silva define que as normas constitucionais de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”³⁴³.

As normas de eficácia limitada ou reduzida são todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, pois carecem de normatividade suficiente para tal, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre determinados interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade³⁴⁴. As normas de eficácia limitada abrangem as normas definidoras de princípios institutivos e as normas definidoras de princípios programáticos.

As normas de princípio institutivo, que também poderia chamar-se de princípio orgânico ou organizativo caracterizam-se por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. São aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”³⁴⁵.

³⁴² *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Cit., p. 67.

³⁴³ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Cit., p. 116.

³⁴⁴ *Op. cit.*, p. 82.

³⁴⁵ *Op. cit.*, p. 123-126.

São programáticas “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado”³⁴⁶.

O art. 5, § 1º, da CF estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não podemos atribuir o conceito de aplicabilidade, ao de aplicabilidade imediata, esta pressupõe aquela, porém nesta não se reduz. A imediatidade faz com que a aplicabilidade ultrapasse os contornos da eficácia jurídica para alcançar o da eficácia social, já que os direitos fundamentais não constituem promessas de realização, mas acima de tudo normas jurídicas imediatamente concretizáveis.

No processo de concretização constitucional, todas as normas de direitos fundamentais possuem eficácia plena, ou contida, jamais limitada, posto que a aplicabilidade desta última categoria é mediata. Decorre tanto da eficácia contida, quanto da eficácia plena, a *desnecessidade* de atividade legislativa ou regulamentadora para que a norma se concretize³⁴⁷. Não devemos confundir *desnecessidade* com *impossibilidade*. As normas de eficácia contida podem sofrer limitações pelo legislador infraconstitucional, elas, porém, podem produzir efeitos, na inexistência de leis infraconstitucionais a elas relativas, ao contrário do que ocorre com as normas de eficácia limitada que depende de lei infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos.

O sentido da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é o de que eles são imediatamente eficazes por via direta do Texto Constitucional, independente de atividade legislativa ou regulamentar.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 138.

³⁴⁷ Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, com relação ao mandado de injunção, no julgamento do MI 107-3. Por ser garantia auto-aplicável, tendo em vista o próprio princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, enquanto não fosse instituído um procedimento específico, aplicar-se-ia ao mandado de injunção o procedimento do mandado de segurança previsto pela Lei 1.533/51.

Por fim, compreendemos os direitos fundamentais em três gerações: direitos individuais (expressão da liberdade); direitos sociais, econômicos e culturais (expressão da igualdade); direitos referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente sadio e sustentável, proteção às minorias, a democracia, pluralismo (expressão da solidariedade)³⁴⁸.

Reservamos a expressão dimensões para o estudo particular da perspectiva multidimensional dos direitos fundamentais: dimensão temporal, espacial, temporal, eficaz, procedimental, institucional, discursiva, positiva, negativa, ativa, passiva, axiológica, ontológica, deontológica, teleológica, filosófica, existencial, objetiva, subjetiva etc.

3. Constituição e Processo – dimensão procedimental dos direitos fundamentais.

A relação entre Processo e Constituição reside no que Robert Alexy situa como a atual discussão sobre a conexão entre os direitos fundamentais, organização e procedimento, idéias próximas à proposta que Häberle vai buscar na teoria dos quatro status de Jellinek, de um *status activus processualis*, que há de referir-se ao aspecto jurídico-processual da liberdade jusfundamental, ao devido processo jusfundamental, bem como à tese de Konrad Hesse, onde a organização e o procedimento resultam ser meio – possivelmente o único existente – para produzir resultado conforme os direitos fundamentais³⁴⁹.

Alexy (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações)³⁵⁰ parte de estreita vinculação com a concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas. Nesse ponto, cria nova concepção de organização e procedimento que passa necessariamente pela teoria institucional dos direitos fundamentais.

³⁴⁸ Paulo Bonavides insere o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo numa quarta geração. *Curso de Direito Constitucional*. Citp. , p. 525. Entendemos a terceira e quarta geração de direitos fundamentais como expressão do ideal solidarista.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Cit., p. 454 et seq.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 457 et seq.

Os direitos aos procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos à proteção jurídica efetiva. Condição de efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular. Assim, no âmbito do procedimento, há que relacionar dois aspectos: um procedimental e outro material³⁵¹.

Os direitos ao procedimento em sentido estrito servem, em primeiro lugar, para a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros, nesse último aspecto, dentro da proposta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Daí a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar de dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis* (Peter Häberle), querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais *não só estaticamente, ou da perspectiva de seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento*³⁵². Dessa perspectiva, contudo, podem-se extrair dois aspectos distintos e correlatos do direito ao procedimento. O primeiro vê a participação no procedimento como sendo, ela mesma, direito fundamental, pressuposto de concretização dos demais direitos fundamentais.

Nos termos de José Joaquim Gomes Canotilho:

*O cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade*³⁵³.

O acesso ao procedimento é visto como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais. No primeiro caso, o procedimento é proclamado como local de exercício do direito a tomar parte nas decisões do poder público e, por isso, fala-se em *direitos procedimentais substanciais*, aqui podemos citar a ação popular, a ação civil pública, o *amicus curriae*, dentre outros. No segundo caso, o procedimento aparece como instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais, falando-se em *direitos procedimentais adjetivos*³⁵⁴.

³⁵¹ Ibidem, p. 472.

³⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 93

³⁵³ Constituição e déficit procedimental, In: *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73

³⁵⁴ Cf. Jorge Miranda, Cit., p. 94

O processo judicial envolve ambos os aspectos dos direitos procedimentais (substanciais e adjetivos).

Ensina Alexy que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais *consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores*, pois, como deixa bastante claro em seus trabalhos, todos os direitos fundamentais são princípios: *Característico do conteúdo dessa teoria dos princípios é que nela têm papel todos os princípios em questão, mas, enquanto ao princípio liberal se confere peso relativamente pequeno, outorga-se peso relativamente grande aos princípios vinculados com bens coletivos*³⁵⁵.

Em matéria de Constituição e Processo, os temas ligados à concretização dos direitos fundamentais adquirem especial relevância em face do caráter instrumental do processo como meio adequado para realização da Lei Fundamental.

Nessa perspectiva o procedimento é direito fundamental, pois as formas do processo sempre foram vistas como *garantia das liberdades*. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela idéia de se criar modelo único de procedimento³⁵⁶.

Denti lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências³⁵⁷, não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara *a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais*³⁵⁸.

Não defendemos o rigor como valor desvinculado das demais garantias procedimentais, tampouco dos próprios direitos fundamentais. Assim, aproxima-se o nosso estudo, da perspectiva do formalismo valorativo abordado por Carlos Alberto Alvaro³⁵⁹, onde as formas processuais constituem garantias da segurança jurídica e do devido processo legal ponderadas em face do direito material discutido no processo e da própria idéia de justiça.

³⁵⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*. Cit., p. 545-546.

³⁵⁶ Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.

³⁵⁷ Giuseppe Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.

³⁵⁸ *Op. Cit.* p. 808.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Há casos em que numa análise tópico-normativa, o rigor terá que ceder em face de determinada norma fundamental, num contexto de ponderação orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Para que se adote a dimensão procedimental adequada ao contexto de concretização de determinado direito fundamental, o formalismo terá, necessariamente, que se justificar discursivamente no contexto racional de aplicação desse mesmo direito.

Para que o processo alcance o máximo de eficiência, suas regras e rito devem, adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim. Daí falar-se, respectivamente, em adequação subjetiva, adequação objetiva e adequação teleológica³⁶⁰.

O art. 265-A do CPC Português estabelece que: *Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.* Trata-se de cláusula geral de adaptação do procedimento, onde se busca a adequação e a efetividade do processo, que em nosso ordenamento jurídico, tornou-se garantia fundamental através da Emenda Constitucional 45 de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Segundo Calmon, *o processo é um tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento*³⁶¹. A validade do procedimento, para Calmon, se analisa através do cumprimento da finalidade desse ato complexo, em obediência aos mandamentos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e das demais garantias constitucionais do processo.

No entanto, vai mais além. A validade do procedimento deve estar aberta à fundamentação constitucional, especialmente à busca da concretização dos direitos fundamentais. A violação dos direitos fundamentais no procedimento traduz-se em coisa julgada inconstitucional.

Outro ponto importante é a percepção do processo de concretização dos direitos fundamentais como procedimento discursivo, onde as regras do discurso prático geral e as regras do discurso prático jurídico devem ser respeitadas, sob pena de desvirtuar o procedimento e iludir o destinatário da norma concretizada. Busca-se,

³⁶⁰ LACERDA, Galeano. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. p.165.

³⁶¹ *Esboço de uma teoria das nulidades*. Cit., p. 88.

como afirmamos anteriormente, a pretensão de correção, onde a teoria do discurso oferece critérios, em situações específicas para a racionalidade do procedimento que conduz a determinada decisão.

A importância e dignidade constitucional da dimensão procedimental residem na perspicaz observação de Boaventura de Souza Santos de que a sua própria realização é condição de efetivação dos demais direitos fundamentais, na medida em que sua denegação acarreta a de todos os demais³⁶². Daí a importância de se estudar tanto o processo à luz da Constituição quanto a Constituição à luz do procedimento de concretização de suas normas.

4. Eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais e solidariedade nas relações privadas.

Dentre os inúmeros reflexos que o princípio constitucional da solidariedade produz nas relações privadas, destacaremos aqueles relativos à família, alimentos, responsabilidade civil e propriedade.

Tais reflexos constituem, num primeiro momento, conseqüências da aplicação da teoria da eficácia horizontal ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, assunto presente no segundo capítulo do nosso estudo. Porém, a concretização do princípio solidarista no direito privado, é também fruto da idéia de que a solidariedade constitui verdadeiro fundamento do direito. A solidariedade representa nova diretriz teórica e filosófica do atual Código Civil brasileiro.

Judith Martins Costa reafirma a existência de quatro diretrizes que oferecem ampla visão do conteúdo do novel Código Civil: A sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a socialidade³⁶³. Analisaremos as duas últimas, já que ambas constituem perspectivas factualmente conexas e diretamente conectadas ao princípio da solidariedade.

As diretrizes norteadoras da obra codificadora, na lição de Miguel Reale, constituem o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética³⁶⁴.

³⁶² *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 184-185.

³⁶³ *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.131. Os quatro princípios foram identificados por Miguel Reale em: *O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 3.

³⁶⁴ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 3.

Aproximando-se da perspectiva solidarista, hoje o Direito Privado reapresenta-se, conforme Giorgio Oppo, como direito sim dos particulares, mas dos particulares *uti cives*; direito dos particulares como portadores da sua própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de isolar-se (que é algo a ser respeitado) mas também de associar-se; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na comunidade que a enriquece e não a comprime³⁶⁵.

O próprio direito de propriedade, o clássico protótipo do direito subjetivo, adquire contornos que limitam a sua ampla liberdade (dimensão individual), passando a exercer função social³⁶⁶ (dimensão igualitária), devendo necessariamente contribuir para o desenvolvimento econômico e ecologicamente equilibrado do país (função solidarista).

Também o contrato deixou de ser simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca do concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitações de direitos para ambas as partes³⁶⁷.

³⁶⁵ Diritto privato e interessi pubblici. In: *Revista di Diritto Civile*, 1994, n 1, p. 26. Tradução de Judith Martins Costa. *Op. Cit.*, p. 131-132.

³⁶⁶ Para melhor compreensão da função social da propriedade consultar: TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 280 *et seq.*

³⁶⁷ MORAES, Maria Celino Bodin. *O Princípio da Solidariedade. Cit.*, p. 11.

Outra importante alteração decorrente do pensamento solidarista foi a profunda alteração operada no âmbito das relações familiares que se orientam pelos princípios da afetividade, solidariedade e dignidade humana. Como exemplo desta nova concepção, citamos o reconhecimento das uniões homoafetivas e a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo³⁶⁸, a igualdade entre os cônjuges e os deveres de proteção à criança e ao adolescente.

Afirma Maria Berenice Dias que, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do estado, pois a Constituição (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana³⁶⁹.

Ainda com relação à família, percebe-se a influência do princípio solidarista no regime da prestação alimentícia, que deve ser determinado, não segundo qualquer avaliação de “culpa” na separação ou no divórcio, mas obedecendo ao binômio necessidade-capacidade³⁷⁰.

³⁶⁸ APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

³⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2007, p. 45.

³⁷⁰ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 388; MORAES, Maria Celino Bodin. *O Princípio da Solidariedade*. *Cit.*, p. 12. Traz a citada autora importante decisão da Corte de Cassação Italiana sobre o significado da expressão solidariedade no seio familiar (*Cassazione Sezione Prima Civile nº 2315 del 16 del marzo 1999, Pres. Rocchi, Rel. Graziadei*).

A responsabilidade civil vem superando, em diversos casos, o objetivo de identificação do culpado – o responsável – pela responsabilidade sem culpa, considerada por muitos como verdadeiro compromisso com a solidariedade³⁷¹. Como corolário da marcada tendência solidarista registrada no instituto, em seguida ao contínuo incremento das hipóteses de responsabilidade sem culpa, surgem os sistemas de seguridade social, cuja lógica representa a construção de um direito calcado justamente na solidariedade social. Elevada à máxima potência, a seguridade foi realidade que se fez presente e deu origem aos *welfare states*, cuja premissa nuclear consiste em reputar a sociedade responsável pelo bem-estar de seus membros³⁷².

A presença marcante da solidariedade na ordem privada é reflexo da constitucionalização do ordenamento jurídico, que tem no neoconstitucionalismo seu marco teórico e metodológico.

³⁷¹ RICOER, Paul. *Lê Concept de Responsabilité. Essai d'Analyse Sémantique*. In: *Lê Juste*. Espirit, 1992, p. 41-70.

³⁷² Nesse sentido: MORAES, Maria Celino Bodin. *Op. Cit.*, p. 13.

Capítulo V

A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens.

Karl Jaspers³⁷³

1. O mínimo existencial

O mínimo existencial possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida*.

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, porém, nenhum dos seus setenta e oito incisos e três parágrafos, expressa qualquer garantia desse direito (rigorosamente, as clássicas garantias e os remédios são também direitos, embora nelas se percebesse o *caráter instrumental* de proteção dos direitos³⁷⁴). Entretanto, a cláusula de abertura³⁷⁵ presente no seu § 2º, permite afirmarmos o *mínimo existencial* como garantia do direito à vida, tendo o direito de petição³⁷⁶ e o mandado de segurança³⁷⁷ como remédios constitucionais específicos para sua tutela.

³⁷³ *Introdução ao pensamento filosófico*. Cit., p. 53.

³⁷⁴ Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cit. p. 394.

³⁷⁵ CFRB, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁷⁶ CFRB, art. 5º, XXXIV - *são a todos assegurados*, independentemente do pagamento de taxas: a) o *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

³⁷⁷ CFRB, art. 5º, LXIX - *conceder-se-á mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Os direitos constituem os bens jurídicos individuais, sociais, difusos ou coletivos que serão objeto de proteção (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, saúde, lazer, salário mínimo, meio ambiente equilibrado etc.), as garantias constituem formas de proteção aos direitos, podendo ser jurídica (mínimo existencial, devido processo legal, proibição de prisão ilegal, inafastabilidade da apreciação judicial, inviolabilidade do domicílio, etc.) ou institucional (autonomia universitária, serviços públicos, separação de funções estatais, autonomia dos entes federados, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos etc.), por fim, os remédios (ou garantias instrumentais para alguns autores) constituem instrumentos jurídicos postos à disposição da coletividade em face da lesão ou ameaça a direito, quando a garantia não foi suficiente para a sua proteção, são eles: o direito de ação, direito de petição, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública etc.

Todos possuem o direito fundamental à liberdade, tendo como garantia a proibição de prisão ilegal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, etc), entretanto, se ainda com tais garantias, o indivíduo, por ilegalidade ou abuso de poder, tiver a sua liberdade violada ou ameaçada, terá o remédio constitucional denominado *habeas corpus* para tutela da sua liberdade.

O direito de petição nasce na Inglaterra através do *right of petition* – Rev. Inglesa 1628. Em 1689 passa a compor o *Bill of Right*. Na França surge na Constituição Francesa de 1791 e de 1793. Nas palavras de Robespierre (seção de 09 de maio de 1791 na Assembléia constituinte): “O Direito de petição é o direito imprescritível de todo homem em sociedade. Os déspotas mais absolutos jamais ousaram recusar formalmente esse direito a quem eles chamavam seus súditos”.

Nossa primeira Constituição de 1824 reconhecia expressamente o direito de petição no inciso XXX do art. 179: Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. (sic).

Na Constituição de 1988, o direito de petição vem expresso no art. 5º, XXXIV, a: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder³⁷⁸.

O exercício do direito de petição em matéria de mínimo existencial converte-se em remédio heróico de proteção à vida, podendo qualquer do povo encaminhá-lo aos órgãos de soberania em nome próprio ou de terceiro, possuindo prioridade sobre toda apreciação executiva, legislativa e principalmente judicial (entendemos esta última via como a mais adequada para efetivar a garantia do mínimo existencial quando se afigura situação ameaçadora de lesão).

A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 dispõe sobre a organização da Assistência Social. Em seu art. 1º estabelece: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os *mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A teoria do mínimo existencial, na visão de muitos autores, encontra-se corretamente relacionada às condições de liberdade³⁷⁹. Sem a garantia do núcleo mínimo garantidor de sua existência o ser humano não exerce qualquer liberdade. Negar o mínimo existencial é negar o próprio direito à vida, pressuposto lógico do exercício de qualquer outro direito fundamental.

Qualquer cidadão possui legitimidade para buscar proteção judicial à sua vida ou de terceiro quando se apresentar quadro de ameaça de lesão. O princípio da solidariedade demanda que tal proteção se efetue em níveis substanciais conforme já apontamos quando tratamos dos fatores de ponderação.

³⁷⁸ ARGENTINA: Artículo 14 - Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: c) de peticionar a las autoridades; BOLÍVIA: Artículo 7 - Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: h. A formular peticiones individual o colectivamente; ALEMANHA: Art. 17 - Todos terão direito individualmente ou em grupo a dirigir petições ou queixas por escrito às autoridades competentes e a representação do povo.

³⁷⁹ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimos Existenciais. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Na filosofia de Rawls (Teoria da Justiça, p. 60), o primeiro princípio corresponde a liberdade, enquanto o segundo corresponde à justiça distributiva. O próprio filósofo deixou claro que as necessidades básicas (basic needs), isto é, os mínimos sociais, integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica (basic justice)

Destarte, o argumento da *reserva do possível*³⁸⁰ em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois, aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um país que possui recursos suficientes para pagar a sua dívida externa, que se estrutura como Estado Federal Cooperativo, deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território (nacional ou estrangeiro) como forma de concretização do princípio da solidariedade.

Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois, negar tal proteção, resultaria em verdadeira *sentença de morte*.

Ana Paula de Barcellos, em sentido contrário ao que defendemos, consegue perceber um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível:

*Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o **mínimo existencial**), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O **mínimo existencial**, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*³⁸¹.

Vale destacar a importante advertência de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar que os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima³⁸².

³⁸⁰ Também defendem a inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial: Manoel Jorge e Silva Neto. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 513 et seq; Dirley da Cunha Junior. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 712 et seq.

³⁸¹ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246

³⁸² *Ibidem*, p. 2.

É no âmbito dessa dimensão máxima que pode se inserir o debate sobre a *reserva do possível (mutatus mutandis)*, tanto em nível econômico, técnico-científico, institucional, quanto solidarista, onde todos os setores unidos pelos laços de solidariedade social buscam possibilitar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Na ADPF – 45³⁸³ o STF trata do mínimo existencial e da reserva do possível:

(...) Notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. **Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

³⁸³ ADPF 45 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "**RESERVA DO POSSÍVEL**". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "**MÍNIMO EXISTENCIAL**". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A garantia do mínimo existencial, embora esteja conectada mais diretamente ao direito à vida, deve ser compreendida também em relação a outros direitos fundamentais, a exemplo da moradia, lazer, educação, formação profissional, assistência médica, salário mínimo (este último já constitui mínimo existencial) etc³⁸⁴.

2. Jurisdição e realização dos direitos fundamentais na perspectiva do mínimo existencial

Na perspectiva neoconstitucionalista, o Poder Judiciário possui papel (cri)ativo. Não existem questões insuscetíveis de apreciação Judicial, quando está em lide algum direito fundamental e a apreciação de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, em que a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob o manto de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz em sede de controle de constitucionalidade tanto difuso, quanto concentrado (STF), impor aos demais Poderes os efeitos concretizadores das suas decisões.

O Judiciário, na perspicaz observação de Alexy, não exerce representação política, esta é exercida pelo parlamento e pelo executivo. Ao judiciário cabe a representação argumentativa do cidadão³⁸⁵. Os representantes políticos se legitimam através do voto; os representantes argumentativos através da fundamentação racional construída discursivamente, num debate aberto e acessível ao povo, dos seus atos e decisões.

³⁸⁴ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Cit., p. 466 et seq.

³⁸⁵ Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. p. 66.

Adverte Alexy que a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem os acontecimentos, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal estado de coisas não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político³⁸⁶.

Assim, conforme ensina Dirley da Cunha Junior, a expansão do papel do Juiz é exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais, em especial, freqüentemente inviabilizados por inação dos órgãos de direção política³⁸⁷.

São nas grandes crises que a Constituição atravessa suas maiores provações e percebe-se claramente o seu grau de força normativa. Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, oferecendo à sociedade o constitucionalismo convergente à realização dos direitos fundamentais.

³⁸⁶ Op. Cit. p. 66.

³⁸⁷ Controle Judicial das Omissões do poder público. p. 336.

Capítulo VI

POSSIBILIDADES DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

Todo conhecimento inicia-se na imaginação, no sonho; só depois desce à realidade material e terrena por meio da lógica.

Albert Einstein

1. Perspectivas e novas propostas para o Estado Constitucional Solidarista

Sociedades de grande escala, especializadas numa complexa divisão do trabalho social e criadas numa cultura solidarista, estabelecem a comunidade na qual os indivíduos podem descobrir a textura da vida moral, compreender a verdadeira solidariedade ou transcender à anomia do individualismo sem essência, em que se faz presente a seguinte máxima kantiana: *“Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como de qualquer outro, sempre também como fim e nunca unicamente como meio”*³⁸⁸.

O Estado Constitucional Solidarista é aquele racionalmente organizado para realizar os objetivos e direitos fundamentais, protegendo os seus cidadãos de toda e qualquer lesão ou ameaça a tais direitos e objetivos inseridos em seu projeto político fundamental denominado Constituição.

As perspectivas e novas propostas para o Estado Constitucional Solidarista encontra-se na nova dinâmica de concretizar os direitos fundamentais pela via solidarista, de reafirmar sob novas bases o pacto federativo de índole cooperativa, aproximar o direito da idéia de justiça, oferecendo novos mecanismos de redução das desigualdades sociais e regionais.

Favorecendo a realização do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, numa realidade pluralista que caminha em direção ao novo constitucionalismo, aproximando as comunidades carentes da afirmação da sua cidadania solidária, efetivando os direitos fundamentais, estaremos proporcionando as novas bases de construção do Estado Constitucional Solidarista.

³⁸⁸ Kant, 2º imperativo categórico.

2. Oito teses de Solidariedade

O propósito das oito teses de solidariedade é despertar a consciência política e social que algo de errado acontece na realidade brasileira e, necessariamente, precisa ser modificado para que as presentes e futuras gerações possam ser igualmente capazes de realizar o seu projeto pessoal de vida digna.

A primeira tese que apresentamos é muito mais uma proposta que propriamente uma tese, senão vejamos: *Cada família de baixa renda possui o direito fundamental de ter um dos seus membros integrados no ensino universitário, com direito a bolsa de iniciação científica, destinada a pesquisas envolvendo solidariedade, inclusão social, redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da miséria e da pobreza, devendo o governo incentivá-lo quanto ao ingresso nos programas de mestrado e doutorado.*

A segunda tese diz respeito ao serviço alternativo³⁸⁹, criando novo espaço para concretização da solidariedade: *Todos os brasileiros, homens e mulheres prestarão o serviço militar obrigatório ou alternativo, em dois regimes: O primeiro refere-se ao atual sistema de recrutamento e seleção servindo ao país como integrante das Forças Armadas – serviço militar obrigatório.* O segundo, de acordo com nossa proposta, refere-se ao serviço alternativo, de natureza assistencial desenvolvido em Organizações de Natureza Solidária (Organizações Não Governamentais, Serviço Voluntário em Órgão Governamental, Creches, Orfanatos, Casas de Recuperação de Drogados, Serviços Assistenciais, Defesa dos animais, Órgãos de proteção aos direitos fundamentais etc.) na forma da lei.

O serviço alternativo poderá ocorrer em regime de Cooperação com outros países, desenvolvido no território nacional ou no exterior (ajuda humanitária)³⁹⁰.

³⁸⁹ CFRB: Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. § 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

³⁹⁰ Os universitários poderão exercer tal atividade alternativa no decorrer do curso superior, integrando componente curricular, devendo a universidade, para este fim, manter projeto de extensão de natureza solidarista.

A terceira tese propõe o postulado ecológico: *viver de forma ecologicamente equilibrada*. Todas as ações humanas, individuais ou coletivas, estarão necessariamente informadas pela preservação, proteção e recuperação do meio ambiente em todas as suas formas de expressão³⁹¹.

A quarta tese refere-se ao redimensionamento da divisão social do trabalho e conseqüente divisão dos lucros. *Todo trabalhador deve possuir percentual de participação nos lucros proporcional à sua capacidade de servir ao desenvolvimento da empresa* (direito fundamental social trabalhista expresso no art. 7º, XI, CFRB³⁹²). Tal participação pode ser definida em acordo ou convenção coletiva, podendo ser revista ou fixada pelo Poder Judiciário ponderando o bem-estar do trabalhador e a sustentabilidade econômica da empresa.

A quinta tese, ainda relacionada à divisão social do trabalho, afirma a *redução da jornada de trabalho como condição necessária para fruição de outros direitos fundamentais sociais como lazer, cultura e esporte*. Afinal, a finalidade da economia é a vida humana, o que deve obter no menor tempo possível de uso da mesma vida, e não, ao contrário, aumentando a jornada de uns (que sofrem), deixar sem trabalhos outros (que morrem na pobreza), e impor como finalidade da economia a acumulação crescente de lucro³⁹³.

No mesmo sentido afirmará Marx: *O Reino da liberdade só começa onde cessa o trabalho determinado pela necessidade e a adequação a finalidades externas*. A liberdade (para a cultura) neste terreno só pode consistir em que o homem socializado, os produtores associados, regulem, racionalmente, esse seu metabolismo com a natureza pondo-o sob seu controle comunitário, em vez de ser dominado por ele como um poder cego (do capital); que o realizem com o mínimo de emprego da força sob as condições mais dignas e adequadas a sua natureza humana (...). A redução da jornada de trabalho é a condição básica³⁹⁴.

³⁹¹ Existem autores que fazem referência à existência de meio ambiente urbano, rural e do trabalho.

³⁹² São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...): XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

³⁹³ Nesse sentido: DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 140.

³⁹⁴ *O Capital*. Tomo III, cap. 48.

A sexta tese afirma os pensamentos possibilista e pragmatista como referenciais teóricos e filosóficos do próprio pensamento solidarista. O pensamento pragmatista, afirmado anteriormente, já se fazia presente na doutrina solidarista de Duguit. A tríade do pensamento possibilista³⁹⁵ (realidade-possibilidades-necessidades) oferece nova dinâmica para concretização do princípio solidarista em face da sociedade plural. O encargo daqueles que se ocupam da construção do Estado Constitucional Solidarista e percebem a textura aberta dos direitos fundamentais, encontra-se na utilização desta importante ferramenta.

A sétima tese estabelece o postulado da justiça. A Justiça que mais se aproxima do pensamento solidarista é a justiça social. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária demanda um conjunto de tarefas conformadoras, muitas delas já citadas ao longo do trabalho, direcionadas a assegurar a dignidade social do cidadão através da igualdade de oportunidades. A justiça social e distributiva fortalecida pelos laços de solidariedade, através do apoio mútuo entre as instituições sociais e os indivíduos, proporciona a igualdade de chances (garantidora das condições iniciais de liberdade) e a igualdade de resultados³⁹⁶ (garantidora das condições do bem-estar social).

A oitava e última tese agrega o pluralismo ao princípio da solidariedade. Afinal, como já afirmara Hannah Arendt, *quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra*³⁹⁷. Somos todos diferentes segundo nossos desejos e potencialidades. Cada ser humano é único. A solidariedade por divisão social do trabalho recepciona o pluralismo atribuindo a cada um a sua função na sociedade, segundo a sua capacidade e as suas forças. A solidariedade por similitude tem no pluralismo o seu ponto de equilíbrio, onde as diferentes formas de pensar e agir proporcionam uma (co)existência multicultural, restando os direitos fundamentais como critérios identificadores da similitude, que nos une pelo simples fato de sermos humanos.

³⁹⁵ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Cit., p. 62-84.

³⁹⁶ Na opinião de Ricardo Lobo Torres, a igualdade de resultados compõe a idéia de justiça. A sua obtenção depende do nível de riqueza do país e da reserva da lei. Dworkin, em obra recente (*A Virtude Soberana*), distingue entre igualdade de bem-estar e igualdade de recursos; a igualdade de bem-estar se aproxima da idéia de igualdade de resultados. (A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Cit., p. 37.)

³⁹⁷ *A Condição Humana*. 9. ed. São Paulo: Editora Forense, 1999, p. 188.

Percebendo que é a condição humana, o móvel do constitucionalismo solidarista, encerramos o presente capítulo com os versos de John Donne: *Homem nenhum é uma ilha de si mesmo; cada um é uma peça do continente, uma parte do todo: a morte de qualquer homem me diminui porque faço parte da humanidade e, assim, nunca mandes perguntar por quem os sinos dobram, eles dobram por ti*³⁹⁸.

³⁹⁸ *Devotions upon Emergent Occasions, Meditation XVII. (1623).*

Capítulo VII

CONCLUSÕES

1. Síntese das propostas apresentadas

➤ A cidadania inclusiva reflete o processo de conscientização social e a realização dos direitos fundamentais básicos, essenciais à condição humana. O educar para a cidadania (art. 205 da Constituição Federal de 1988) demandará a concretização do que denominamos *cidadania solidária*, com novos reflexos na relação de interdependência entre: Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

➤ No neoconstitucionalismo podemos perceber maior segurança jurídica nas decisões com a redução da discricionariedade judicial em face do dever de fundamentação (observância das regras de argumentação e do discurso racional).

➤ Os fatores de ponderação (razoabilidade, proporcionalidade etc.) reduzem a discricionariedade judicial e solucionam adequadamente os casos difíceis, pois, na colisão entre princípios se demanda maior esforço justificatório por parte do órgão julgador (daí a importância da teoria do discurso) favorecendo a segurança jurídica.

➤ A Carta Magna, através dos seus princípios fundamentais, passa a produzir efeito irradiante sobre todas as normas infraconstitucionais. Tal percepção é importantíssima para defesa do efeito irradiante do objetivo fundamental de construção da *sociedade solidária* sobre o ordenamento jurídico.

➤ A Constituição é o principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas. Traduz-se no instrumento jurídico conformador do Estado, seu projeto político fundamental. *A Constituição viva é a Constituição concretizada.*

➤ Quando ocorre colisão entre direitos deve-se harmonizá-los para preservar, sempre que possível, o núcleo essencial de ambos, mantendo a unidade da Constituição em face do pluralismo e da conflitualidade sempre presentes em nossa realidade constitucional.

➤ Com as considerações em torno dos fatores racionais e normativos que orientam o processo de ponderação, além de se privilegiar a força normativa da Constituição, fixam-se critérios seguros de fundamentação e correção das decisões judiciais que envolvam colisão entre normas principiológicas.

➤ O direito deve buscar sempre a linguagem mais simples e acessível a todos, em suas disposições normativas (dever solidário do legislador); em suas construções teóricas (dever solidário dos cientistas e filósofos do direito); em sua interpretação e concretização (dever solidário da sociedade aberta de intérpretes e aplicadores do direito).

➤ Os *processos* judiciais, legislativos, administrativos, negociais, devem estar abertos ao debate democrático, racional e axiologicamente orientado.

➤ Ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade, onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista.

➤ A instituição possui obra a realizar no meio social, que se traduz na afirmação do princípio da solidariedade. A proximidade desse ideal é que determinará a sua continuidade e permanência, transformação ou extinção, sempre refletindo as novas necessidades sociais.

➤ A solidariedade se concretiza no compartilhar – modos de vida, interesses comuns, papéis sociais, sentimentos, conquistas, conhecimentos, experiências – refletindo o que passamos a denominar solidariedade pela afirmação do pluralismo, tema que será aprofundado em tópico específico. De modo que a sociedade venha a constituir-se num espaço de cooperação e solidariedade, até mesmo na vertente abandonada pelo Estado Constitucional Pluralista que buscamos recuperar.

➤ A preocupação com o portador de deficiência deve ser objeto de políticas públicas e ações afirmativas concretas de realização da suas necessidades sociais. Rampas de acesso aos transportes coletivos e a todo e qualquer local de acesso público, reserva de vagas em concurso público e programas de inserção no mercado de trabalho, integração com a sociedade, tudo isso, quando efetivamente realizado, caracteriza a concretização do princípio da solidariedade e constitui direito fundamental do cidadão portador de deficiência.

➤ A escola, a universidade ou qualquer instituição de caráter formativo (família, igreja, trabalho etc.) deve educar para a solidariedade. A personalidade do ser humano inicia o seu desenvolvimento na infância e desde já a criança deve ser inserida em práticas educacionais solidaristas, a exemplo da proteção ao meio ambiente, cuidado com o idoso e o deficiente, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, amor à vida e a liberdade, num contexto humanístico e plural, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania, afirmando-a como cidadania solidária.

➤ Sociedade solidária, em nossa concepção, constitui o centro de gravidade de desenvolvimento e efetividade do direito. Unindo a perspectiva sociológica à perspectiva jurídica podemos defini-la como a instituição determinante das condições de possibilidade da vida social que serão tão amplas quanto maiores forem os laços de solidariedade que unem seus indivíduos para o cumprimento do projeto político fundamental estabelecido em nossa Constituição.

➤ A sociedade solidária se constrói na percepção de que os vínculos de solidariedade que a mantém é que determinam o seu grau de desenvolvimento e, conseqüentemente, o fortalecimento do seu subsistema social, político, jurídico, econômico, cultural, psicológico, filosófico e científico.

➤ A solidariedade não cessa onde começam os direitos individuais e vice-versa, os cruzamentos e condicionamentos recíprocos são por demais intensos para que se dê tal abandono.

➤ A liberdade de expressão pressupõe o acesso à educação, ela se vincula diretamente à idéia de sociabilidade e interação com o outro através da comunicação. A livre manifestação do pensamento nada representaria sem as garantias de existência digna, sem as quais o ser humano estaria muito mais preocupado com a sua sobrevivência do que com a afirmação da suas opiniões.

➤ Os laços de solidariedade se fortalecem quando as opiniões se manifestam num ambiente democrático, pluralista, culturalmente fortalecido, tolerante, livre de discriminações, num debate livre e racional capaz de fortalecer a própria idéia de cidadania.

➤ Pensamos ser mais lucrativo e constitucionalmente mais adequado o país investir suas reservas no setor social e produtivo, garantindo maior desenvolvimento e qualidade de vida da nossa população, principalmente da população carente, que, por longo período da sua história vem suportando o ônus decorrente do fato de sermos o país mais desigual dentro do continente mais desigual do mundo.

➤ O planejamento é instrumento de racionalização que o Estado dispõe pra intervenção na ordem econômica, axiologicamente orientado pelos ditames fundamentais conducentes à realização do desenvolvimento e do bem-estar social, que nesse aspecto indica e determina de forma direta as atividades do setor privado.

➤ É com fundamento no pensamento solidarista, e nos dispositivos constitucionais relativos à solidariedade e à justiça social, observados em diversas passagens da Lei Fundamental, mas principalmente naquilo que se identifica como regime jurídico-constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, que devemos promover a releitura do princípio da indicatividade dos planos.

➤ A solidariedade constitui a base do pacto federativo. Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabeleceu o objetivo fundamental de redução das desigualdades entre as diversas regiões do país.

➤ Entretanto, temos que buscar o federalismo cooperativo de equilíbrio (solidarista), onde as regiões menos favorecidas desenvolvam seu potencial produtivo para saírem da situação de dependência, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país. Portanto, as políticas públicas, em todos os níveis, quando, ingenuamente, distribuem recursos sem contraprestação produtiva, são fraternalistas, jamais solidaristas. Para concretizar o princípio solidarista é necessária a existência de contraprestação, idéia reforçada pelo princípio constitucional da eficiência (CFRB, art. 37, *caput*).

➤ A cidadania solidária é produto do compromisso ético e humanístico com a efetividade dos direitos fundamentais pela via solidarista, que realiza o sonho kantiano de comunidade ética cosmopolita na exata medida que a cidadania tende a ser mundial.

➤ A cidadania solidária também se concretiza na forma de participação política reivindicatória das condições básicas de vida digna para todos, garantindo o acesso aos bens indispensáveis ao mínimo existencial. Efetiva-se na satisfação das expectativas dos menos favorecidos, proporcionando-lhes uma justa igualdade de oportunidades, pois, onde a exclusão social se faz presente, a liberdade e a justiça não se manifestam, senão para poucos.

➤ A solidariedade constitui verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, já que o pensamento solidarista tem implicações diretas na Democracia, na Separação de Funções Estatais, na noção jurídica de República, no modelo federalista e principalmente nos direitos fundamentais.

➤ Nossa proposta é clara e objetiva: substituir o dispositivo constitucional “soberania” previsto no art. 1º, I da CFRB, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil por “solidariedade”, este, o verdadeiro fundamento do nosso Estado Constitucional.

➤ O mínimo existencial possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida*.

➤ O argumento da *reserva do possível* em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois, aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um país que possui recursos suficientes para pagar a sua dívida externa, que se estrutura como Estado Federal Cooperativo deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território (nacional ou estrangeiro) como forma de concretização do princípio da solidariedade.

➤ Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois, negar tal proteção, resultaria em verdadeira *sentença de morte*.

➤ São nas grandes crises que a Constituição atravessa suas maiores provações e percebe-se claramente o seu grau de força normativa. Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, oferecendo à sociedade o constitucionalismo convergente à realização dos direitos fundamentais.

2. Considerações Finais

A concretização constitucional do princípio da solidariedade, nos múltiplos aspectos abordados em nossa dissertação, contribui para a conformação do Estado Constitucional Solidarista. A irradiação dessa idéia contribui sensivelmente para o fortalecimento da cidadania e efetividade dos direitos fundamentais, exigência de uma ordem jurídica mais próxima do ideal de justiça.

Nossas vidas são oportunidades em que nossas escolhas determinam toda a nossa existência e aquilo que somos. As experiências que conquistamos através da arte, da leitura, dos laços de solidariedade, dos diálogos constantes entre nossas dúvidas e a busca constante por respostas, nos ajudam a prosseguir com segurança.

Precisamos acreditar e perceber que o mundo construído na idéia de solidariedade, não é apenas possível, é necessário.

Aqui encerro minhas palavras, afirmando que é na triste história de exclusão e desigualdade social que a concretização do Estado Solidarista faz sentido. É chegado o tempo de *poiesis* (criação), é chegado o novo momento constitucional onde a sociedade se faz mais livre, justa e solidária. Que provas ainda lhe aguardam? Talvez após inúmeras tentativas infrutíferas possamos perceber que o antigo solidarismo é o que há de mais atual, ousemos tentá-lo, se dúvidas ainda lhes restam, recordai que para muitos nada resta, nem mesmo o pão.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè. Editore, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales: el derecho y la justicia*. Madrid: CEPC, 2002.

_____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, nº 24: 334-344, 2005.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217: 55-66, 1999.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217: 67-79, 1999.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

ARNAUD, André-Jean. [et al.] *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 53: 227-270, 2005.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Solidarismo – Alternativa para a globalização*. São Paulo: Editora Santuário, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento)*. São Paulo: Lex, 1958.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BELLEY, Jean Guy. Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique. *Droit et Société*. Paris: LGDJ, nº 4, 1986.

BETTI, Emilio. *A interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BOBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. rev. e amp., São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Estado, Governo e Sociedade, para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico (Desenvolvimento econômico. Bem-estar social)*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. Aspectos da Tutela da Concorrência no Estado Dualista. In: MARTINS, Ives Gandra e NALINI, José Renato, organizadores. *Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal*. São Paulo: Editora IOB, 2001

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Trad. Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CIDIN, Maria Eliza Alonso. A idéia de justiça e os direitos da pessoa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 185-195, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 737: 11-22, 1997.

COMTE, Augusto. *Système de Politique Positive*. Paris: Mathias. Tome I, 1851.

CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988, Constituição Crítica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Edições Podivm, 2008

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERRIDA, Jaques. *Politiques de l'amitié*. Paris: Galilée, 1994

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 223-236, 2001.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *As normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e aplicabilidade*. Seminário 3, da disciplina Fundamentos do Direito Constitucional do Mestrado da UFSC, 1999.

DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo III. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930.

_____. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

_____. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901.

_____. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Fundamentos do Direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

_____. *Soberania y libertad*. Tradução e Prólogo: José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran, 1924.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DUVIGNAUD, Jean. *A solidariedade – Laços de Sangue e Laços de Razão*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard: Harvard University Press, 1978.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig: [s.e.], 1913.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARGO, France. *A Justiça*. Trad. Maria Jose Pontieri. São Paulo: Manoel, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação – perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias – Análise do pensamento de Guy Sorman. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8, Nº 33. São Paulo: RT, 2000.

GARCIA, Maria. Mas quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 39: 115-123, 2002.

- GIUFFRÈ**, Felice *La solidarietà nell'Ordinamento Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2002.
- GRAU**, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- GUASTINI**, Riccardo. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. Trad: José María Lujambio. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GUERRA FILHO**, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- _____. *Significado epistemológico do conceito processual de Constituição*. Palestra – Faculdade de Direito da UFBA. Salvador: UFBA, 2006.
- GUIDDENS**, Anthony, *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Filker, São Paulo: UNESP, 1991.
- GURVITCH**, Georges. *La Vocation Actuelle de la Sociologie. Antécédents et Perspectives*. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963. Tomos I e II
- _____. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Librairie du Recueil, 1931.
- _____. *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier, 1940.
- HABERLE**, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- _____. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS**, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade I*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor e Milton Camargo. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003
- HART**, H. L. A. *Post Scríptum al concepto del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HEIDEGGER**, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 13ª edição. Petrópolis: Vozes, 2004.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.

_____. *L'Institution et le Droit Statutaire*. Toulouse: Recueil de Législation de Toulouse, 1906.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 781: 71-78, 2000.

HESPANHA, Benedito. Justiça Comunitarista, Política e Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 35: 63-81, 2001.

_____. O político, o jurídico e o justo na Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 39: 73-88, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã): Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Trad. Antônio Escohotado. Madrid: Ed. Nacional, 1983.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

KAUFMANN, Arthur. **HASSEMER**, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juirs, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial – A crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed.- São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LE FUR, Louis. *État Federal et Confédération d'États*. Paris: Marchal et Billard, 1896.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 34: 168-183, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabinarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Mexico, DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.

MARINHO, Josaphat. Constituição econômica. Separata de *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 156, pp. 2-15, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A jurisdição no Estado contemporâneo”. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *A jurisdição no Estado Constitucional*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br>. Acesso em 16 de março de 2006.

MARQUES, Floriano Azevedo. O choque de direitos e o dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 9: 35-41, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Rafael Munhoz de. Características essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 4, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocêncio Mártires; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na Ordem Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de junho de 2003.

_____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 31: 90-108, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 01: 198-208, 1993.

MONTERIO, Yara Darcy Police. Partilha de competência na Constituição de 1988. Normas Gerais: Características e elementos configuradores. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – 21. São Paulo: RT. 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Solidariedade. *In: Volume Comemorativo do 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio*. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em: 15.01.2008.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora e Jeanne Sawaya. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. Trad. Viviane Galdes. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Clemerson Merlin Clève et. al (organizador). Rio de Janeiro: Forense, 2007

NICOLET, Claude. *L'idée republicaine en France (1789-1824)*. Broché: Gallimard, 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Existe uma Teoria Geral do Processo? In: *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial*. Coordenadores: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: Podivm, 2006.

_____. *Interpretação concretizante dos preceitos fundamentais*. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2003, 16 p.

_____. Bioconstitucionalismo: considerações teóricas sobre os fundamentos constitucionais da bioética. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia*. Salvador: UFBA, Nº 12: 329-356, 2005.

_____. Fatores de ponderação na interpretação e concretização dos preceitos fundamentais – procedimentos normativo e discursivo. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia*. Salvador: UFBA, Nº 13, 2006.

_____. Constitucionalismo multinível – contribuição para a compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 de novembro de 2007.

_____. *O controle Jurisdicional dos atos praticados no exercício da competência discricionária*. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2002, 15 p.

PASSOS, Fernando. Acesso à Justiça e modelo de administração da Justiça – Papel da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 64-83, 2001.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação (A nova retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 11: 235-246, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. rev., atual. e amp., São Paulo: RT, 2003.

_____. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 109-128, 2001.

PIZARRO, Patrícia Ulson. Interpretação Constitucional, o método hermenêutico-concretizante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 17: 78-95, 1996.

POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid: C. Bermejo, 1934.

_____. *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. Trad. Miguel Carbonell. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAMOS, Paulo Roberto. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 64-83, 2001.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O Euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8. Nº 31. São Paulo: RT, 2000.

RICOER, Paul. *Teoria da Interpretação – o discurso e o excesso de significação*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1976.

RORTY, Richard. *Contigência, ironia e solidariedade*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Princípios constitucionais na concepção sistêmica do ordenamento jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 39: 189-208, 2002.

ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. In: *Revista de Directo Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 35: 51-62, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 29: 55-65, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Conhecimento prudente para uma vida decente – um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar

SILVA, José Áfono da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Direitos fundamentais na EC N.º 45/2004*. In: Reforma do Judiciário. Coordenação: Fredie Didier Jr., Edvaldo Brito, Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Saraiva, 2006.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações, V. II*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOUZA, José Crisóstomo de (Organizador). *Filosofia, Racionalidade e Democracia – os debates de Rorty e Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 34: 105-133, 2001.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1967.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimos Existenciais. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Tradução: Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004.

ULLMANN, Reinhold; **BOHNEN**, Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

WELZER, Michael. *Exodus and Revolution*. USA: Basic Books, 1985.

WILSON, David de Abreu Prado, Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, nº 28. São Paulo: RT, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas*. Tradução e prefácio: M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

VANONI, Ezio. *Opere Giuridiche*, vol. II. Milão: Giuffrè, 1962.

VATTIMO, Gianni. *Para além da Interpretação – o significado da hermenêutica para a filosofia*. Trad. Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário. Celebrar os direitos humanos é preciso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 36: 101-105, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VISSCHER, Charles. *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962.

VIVEIROS, Flávia de Almeida. Novas técnicas de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 34: 134-154, 2001.

_____. O papel político do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 38: 289-304, 2002.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 35: 195-227, 2001.