

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – NÍVEL MESTRADO**

JACQUELINE MALTA SALIM

**(RE)PENSANDO A CIDADANIA:
a relação do político com o jurídico no contexto de concretização dos
direitos fundamentais**

**RIBEIRÃO PRETO
2016**

JACQUELINE MALTA SALIM

**(RE)PENSANDO A CIDADANIA:
a relação do político com o jurídico no contexto de concretização dos
direitos fundamentais**

Dissertação apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto, como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito, na área
de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira

**RIBEIRÃO PRETO
2016**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

S165r Salim, Jacqueline Malta, 1979-
(Re)pensando a cidadania: a relação do político com o jurídico
no contexto de concretização dos direitos fundamentais / Jacqueline
Malta Salim. - - Ribeirão Preto, 2016.
122 f.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2016

1. Cidadania. 2. Direitos fundamentais. 3. Democracia.
4. Liberalismo político. I. Título.

CDD 340

JACQUELINE MALTA SALIM

**(RE) PENSANDO A CIDADANIA: A RELAÇÃO DO POLÍTICO COM O JURÍDICO
NO CONTEXTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

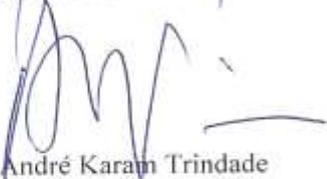
Data da defesa: 25 de agosto 2016

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rabel Tomaz de Oliveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. André Karam Trindade
FG – Faculdade de Guanambi



Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2016

*Dedico este trabalho à minha família,
unidos que estamos pelos laços de sangue e vínculos espirituais,
destinados nesta Terra a crescermos juntos e, assim, realizarmos os desígnios do Pai.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço carinhosamente ao meu orientador, o Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira, pela paciência, dedicação e exímio conhecimento jurídico que comigo compartilhou. Sem as suas aulas, os nossos debates e os livros que gentilmente me emprestou, este trabalho não poderia ter sido escrito!

Agradeço ao Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva, pela leitura atenciosa e detalhista que fez de minha dissertação e pelas valiosas contribuições que acrescentou a ela. Sou grata pelo carinho e pela amizade!

Agradeço à Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e a todos os seus diretores, professores e funcionários, por terem me acolhido tão bem durante os anos em que, ali, estudei e trabalhei. Sinto que, realmente, pertenço a este lugar, que considero a extensão do meu lar.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa de estudos a mim concedida para o Programa de Pós-graduação em Direito, da UNAERP, que me permitiu a dedicação integral e um aproveitamento satisfatório.

E, por fim, agradeço a Deus, criador de todas as oportunidades e circunstâncias para a concretização do meu grande sonho: ser Mestre em Direito!

RESUMO

O conflito entre os valores liberdade e igualdade tem se mostrado como um dos mais desafiadores na filosofia política contemporânea, pois ambos constituem os pilares sobre os quais está fundado o Estado Democrático de Direito. A cidadania, enquanto conjunto de direitos que devem ser universalizados, de forma igualitária, a todos os membros de uma sociedade democrática, tem sido solapada pelos crescentes níveis de desigualdade socioeconômica, que acabam por afetar, inclusive, o núcleo da igualdade formal, provocando um sentimento geral de que uma faixa privilegiada da população não se submete às mesmas regras jurídicas que os demais. A questão é agravada pelo fato de que as sociedades modernas têm se tornado cada vez mais complexas e pluralistas, fruto da ação humana no interior das instituições livres e democráticas. A existência de uma grande variedade de visões filosóficas, morais e religiosas dificulta a obtenção de um consenso entre a maioria dos cidadãos em torno de uma concepção adequada de justiça, que atenda às demandas da igualdade democrática, sem prejudicar as liberdades básicas. Diante da preocupação com a estabilidade da sociedade, tendo em vista a constatação de que uma democracia não pode conviver de forma íntegra com desigualdades excessivas, indaga-se, nesta pesquisa, sobre o papel do Estado, em especial do Poder Judiciário, na concretização da cidadania e dos direitos fundamentais. Nesta revisão bibliográfica, procurou-se apresentar duas diferentes abordagens: a vertente de corte sociológico, elaborada por Niklas Luhmann, e outra, mais filosófica, proposta por John Rawls. Ambas se projetam sobre o relacionamento entre o poder político, tanto em sua concepção ampla de soberania popular, quanto estrita, de atuação do Governo e Parlamento, e a ordem jurídica, representada não apenas pelo ordenamento, como também pelos atores do Judiciário, tendo como cenário as democracias constitucionais contemporâneas. O objetivo é justamente averiguar a legitimidade do protagonismo judicial na solução de assuntos controvertidos de grande interesse social e político, sem perder de vista as diretrizes da própria ordem constitucional.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos fundamentais. Democracia. Teoria social-sistêmica. Liberalismo político.

ABSTRACT

The conflict between the values of freedom and equality has proven to be one of the most challenging in contemporary political philosophy, as both are the pillars on which the Democratic Rule of Law is founded. Citizenship, as a set of rights that should be universalized equally to all members of a democratic society, has been undermined by the increasing levels of socioeconomic inequality, which end up affecting even the core of formal equality, causing a general feeling that a privileged part of the population is not subjected to the same legal rules as others. The issue is aggravated by the fact that modern societies have become increasingly complex and pluralistic, the result of human action within free and democratic institutions. The existence of a wide variety of philosophical, moral and religious views hampers the possibility a consensus among most citizens around a proper conception of justice, one which meets the demands of democratic equality without undermining basic freedoms. Given the concern about the stability of society, considering that a democracy cannot live in an integral manner with excessive inequalities, this research inquires on the role of the State, especially the Judiciary, in implementing citizenship and fundamental rights. This literature review aims to present two different approaches: the strand sociologically, developed by Niklas Luhmann and another one, more philosophical, proposed by John Rawls. Both are projected on the relationship between political power, both in its broad conception of popular sovereignty and strict, on the Government and Parliament work, and the law, represented not only by the ordering, but also by the Judiciary agents, with the scenario of contemporary constitutional democracies. The aim is precisely to determine the legitimacy of the judicial role in solving controversial issues of great social and political interest, without losing sight of guidelines of the constitutional order itself.

Keywords: Citizenship. Fundamental rights. Democracy. Social systems theory. Political liberalism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CEJUSCs	Centros Judiciários Solução de Conflitos e Cidadania
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Pnad	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 APORTES PRELIMINARES PARA UMA CONCILIAÇÃO ENTRE IGUALDADE E LIBERDADE NO EIXO CONCEITUAL DA CIDADANIA.....	20
1.1 UM NECESSÁRIO RETORNO À T. H. MARSHALL: A IGUALDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA CIDADANIA.....	23
1.2 A CIDADANIA NO BRASIL E A INVERSÃO DA LÓGICA DE MARSHALL: “ESTADANIA”?.....L.....	25
1.2.1 Cidadania E Democracia: Os Paradoxos Derivados Do Estatalismo À Brasileira.....	29
1.3 DE COMO IGUALDADE E LIBERDADE NÃO SÃO VALORES OPOSTOS E EXCLUSIVISTAS.....	36
2 CIDADANIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE NIKLAS LUHMANN.....	44
2.1 NOÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE LUHMANN.....	45
2.2 SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA POLÍTICO: DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E INTERFERÊNCIA RECÍPROCA.....	54
2.3 CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA.....	59
3 CIDADANIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA: JOHN RAWLS E O LIBERALISMO POLÍTICO.....	62
3.1 A CULTURA DAS LIBERDADES: O SENTIDO JURÍDICO E AS VICISSITUDES DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS NO CONTEXTO DOS ESTADOS LIBERAIS.....	64
3.1.1 O Modelo Historicista.....	65

3.1.2 O Modelo Individualista.....	68
3.1.3 O Modelo Estatalista.....	70
3.2 O ENCONTRO ENTRE DEMOCRACIA E LIBERALISMO NO ESTADO MODERNO.....	71
3.3 “JUSTIÇA COMO EQUIDADE”: UMA ALTERNATIVA PARA AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS?.....	78
4 DIREITO E POLÍTICA: NOS TRILHOS DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA.....	88
4.1 LEGITIMAÇÃO POLÍTICA DO PROTAGONISMO JUDICIÁRIO EM CONSONÂNCIA COM A VISÃO SOCIAL-SISTÊMICA.....	91
4.2 A RAZÃO PÚBLICA DA CONSTITUIÇÃO COMO FATOR LEGITIMADOR DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS.....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

Qual o papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais? Esta é a grande pergunta que se propõe responder neste estudo. Incontestemente que a reflexão deve perpassar pelo desenvolvimento do conceito de cidadania a par do próprio amadurecimento das democracias modernas. Partindo-se da premissa de que a cidadania, hoje, representa um conjunto de direitos que devem ser universalizados, de forma igualitária, para todos os membros de uma comunidade política, é possível notar, de plano, que este trabalho intenta problematizar a relação entre política e direito no contexto das sociedades complexas e permeadas por uma pluralidade de concepções e doutrinas abrangentes, que caracterizam a fórmula política da modernidade.

Primeiramente, ressalta-se que o termo “Estado” deve ser entendido, aqui, sob dois de seus aspectos: o jurídico, compreendendo não apenas o ordenamento jurídico, mas também os atores do Poder Judiciário; e o político, associado ao poder soberano e que se traduz nas ações do Governo e do Parlamento, representados, respectivamente, pelo Poder Executivo e Legislativo. O poder é, pois, elemento essencial no processo de criação da norma jurídica, que surge de um ato decisório do poder político por um entre os inúmeros caminhos possíveis. Este fato, porém, requer que seja feita a devida ponderação sobre a legitimidade e a legalidade no exercício do poder, tendo em vista que as decisões devem sempre ser gizadas nos moldes constitucionalmente previstos.

Salienta-se, ainda, que Estado de direito, democracia e direitos humanos, conceitos que norteiam este trabalho, são indissociáveis do pensamento liberal¹, cujo pressuposto filosófico repousa no jusnaturalismo, isto é, na ideia de um conjunto de normas e princípios morais imutáveis e universais, inerente à natureza humana e que pode ser apreendido imediatamente pela razão comum como verdadeiro. De fato, a doutrina dos direitos naturais, segundo a qual todos os homens possuem certos direitos fundamentais, está na base das Declarações de Direitos proclamadas nos Estados Unidos da América (*Declaration of*

¹ Embora um Estado liberal não seja necessariamente democrático, considerando-se que sua realização histórica ocorreu em sociedades nas quais a participação no governo era restrita às classes dominantes, nem se possa afirmar que um governo democrático sempre conduza a um Estado liberal, eis que esta concepção de Estado entrou em crise justamente pelo progressivo processo de democratização decorrente da universalização do sufrágio, a democracia moderna é considerada por Norberto Bobbio como um natural prosseguimento do liberalismo, desde que se entenda o termo em seu significado jurídico-institucional, e não no ético, isto é, como a forma de governo em que o povo não toma as decisões que lhe dizem respeito, mas elegem seus próprios representantes, que devem por ele decidir. (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007, *passim*).

Independence, 1776) e na França revolucionária (*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, 1789), por meio das quais se afirma o princípio fundamental do Estado liberal como Estado limitado².

As origens históricas do liberalismo remontam, resumidamente, aos seguintes fatos históricos: a Reforma Protestante e as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, que resultaram na aceitação do princípio da tolerância e da liberdade de consciência; a gradual mitigação do poder real por parte das classes médias e o estabelecimento de regimes constitucionais de monarquia limitada; e a adesão das classes trabalhadoras às ideias de democracia e governo da maioria³. A progressiva erosão do poder absoluto dos reis e as rupturas revolucionárias dos séculos XVII e XVIII criaram um ambiente favorável para que os ideais liberais pudessem se estabelecer em diferentes países da Europa e, posteriormente, nos Estados Unidos da América.

Neste período, verifica-se também a sistematização doutrinária do “contratualismo”, teoria segundo a qual a sociedade política é um produto voluntário dos indivíduos, que, de comum acordo, decidem viver em sociedade e instituir um governo. Apesar da diversidade de concepções entre os idealizadores do contrato social⁴, o ponto comum entre eles é a negativa de um impulso associativo natural (ou, simplesmente, de uma necessidade natural de associar-se a outros seres humanos), com a afirmação de que só a cooperação da vontade humana justifica a existência da sociedade.

² De acordo com a Declaração de 1776, “I - Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.” e “II - Todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.”

Já a Declaração de 1789 prescreve que “I - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.” e “II - A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.” (BIBLIOTECA virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919>>. Acesso em: 18 fev. 2016).

³ RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Organização Samuel Freeman. Tradução Fábio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 12.

⁴ Por exemplo, em relação à legitimidade do poder, a ideia de contrato social é usada por Thomas Hobbes (*Leviatã*, 1651) como uma justificativa por meio da qual as pessoas racionais, em defesa de seus interesses mais fundamentais de preservar a integridade física e seus bens, conseguem perceber que têm razão suficiente para apoiar um soberano efetivo (ainda que, naquele caso, fosse um soberano absoluto), sempre que ele existir; já em John Locke (*Dois Tratados sobre o Governo*, 1681), a ideia de contrato social é usada para sustentar que o governo legítimo somente pode ter por fundamento o consentimento de pessoas livres, iguais, razoáveis e racionais, a partir do estado de natureza considerado estado de igualdade de jurisdição política, em que todos têm o mesmo grau de soberania sobre si mesmos. (*Ibidem*, p. 117-118).

A doutrina liberal é a expressão da livre iniciativa e das liberdades básicas, do triunfo da emergente burguesia industrial sobre as relações de sujeição e de pertença inerentes à lógica feudal e ao Antigo Regime. De acordo com o pensamento liberal, todos os homens são livres, iguais e independentes, não sendo possível nenhum indivíduo sujeitar-se ao poder político de outro sem seu próprio consentimento. Aliás, a questão central da filosofia política tem sido o debate em torno da obediência e da coerção, com o intuito de determinar os fatores que as legitimariam (“por que obedecer ao outro?” ou “é possível a coação em caso de desobediência?”).

Se, por um lado, as liberdades⁵ ganham destaque neste cenário, de modo que, em circunstâncias normais, não podem ser sacrificadas com vista a um maior bem-estar social, por outro, perderia espaço a igualdade, acentuando-se o problema das relações entre liberdade e igualdade, consideradas valores antitéticos, no sentido de que não é possível realizar plenamente um sem limitar fortemente o outro⁶.

Assim, diante desse quadro geral, buscou-se alinhar respostas sob a seguinte perspectiva: no primeiro capítulo, a pesquisa procurou determinar se existe uma correlação entre igualdade e liberdade que, longe de torná-los conceitos opostos e contraditórios entre si, apontaria para uma ideia de interdependência. Para tanto, optou-se por demonstrar a preocupação recorrente nas democracias atuais com o aumento nos níveis de desigualdade socioeconômica para, posteriormente, apresentar-se a fórmula da cidadania descrita por T. H. Marshall⁷, que permite averiguar o modo como liberdade e igualdade se relacionam no contexto da construção inglesa da cidadania.

⁵ O termo “liberdade”, na concepção de Locke, não significa que um homem possa fazer exatamente o que lhe agrada, sem consideração a qualquer lei, pois “a liberdade natural do homem é ser livre de qualquer poder superior na Terra, e de não depender do desejo ou da autoridade legislativa do homem, mas ter apenas a lei da natureza para regulá-lo” (esta era identificada com a lei de Deus e encarada como uma lei que obriga a todos os homens e a todos os governos). Enquanto sob governo, um homem é livre quando tem “um regulamento determinado para guiá-lo, comum a todos daquela sociedade, e criado pelo poder legislativo nela erigido”. A essência da liberdade política, na verdade, é que um homem não deverá estar “sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”, mas, sim, sujeito à lei, estabelecida conforme o consenso comum. (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 18).

⁶ “Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que a custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.” (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Op. cit., p. 39).

⁷ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, *passim*. É importante ter presente que Marshall, no início da década de 1950, quando originalmente proferiu sua conferência sobre o tema, já procurava apontar para uma dimensão não excludente, do ponto de vista sociopolítico, entre igualdade e liberdade.

Por certo que, em sociedades capitalistas, a desigualdade, principalmente econômica, será inevitável. Todavia, essa impossibilidade de uma igualdade distributiva plena não implica a conclusão de que a consideração da igualdade, enquanto valor democrático, seja menos importante do que a liberdade. Com efeito, de forma similar ao que, contemporaneamente, preconiza Ronald Dworkin⁸, o argumento esgrimido por Marshall aponta para uma espécie de conciliação entre liberdade e igualdade na construção do conceito de cidadania, que aparece como um *status* político universalmente atribuído aos participantes de uma comunidade política democrática e preenchido por um complexo quadro de direitos (civis, políticos e sociais), acoplados paulatinamente.

O conceito apresentado por Marshall, portanto, é mais abrangente e significativo, indo muito além daquele velho modelo empregado pelo Direito que observa a cidadania a partir da simples relação de nacionalidade do indivíduo com seu país de origem, do exercício dos direitos políticos e do controle da administração pública por meio do direito de petição (no caso brasileiro, da ação popular⁹). A cidadania, para Marshall, possui como elemento nuclear a igualdade política que depende, intimamente, da concretização dos direitos sociais, principalmente do direito à educação, que possibilita aos indivíduos o pleno e consciente exercício de suas liberdades básicas.

No tocante à realidade brasileira, foram tecidas algumas considerações tendo como fio condutor o problema da cidadania e da concretização dos direitos fundamentais, na forma como a retratou José Murilo de Carvalho¹⁰. As dificuldades para afirmação da cidadania no Brasil, presente nos trabalhos de autores como Lenio Streck, Gilberto Bercovici e Marcelo Neves levam-nos à conclusão de que alguns dos problemas que hoje parecem atingir uma escala global, já podiam ser verificados há tempos no Brasil em face das gigantescas desigualdades que caracterizam nossa história desde o seu início.

Analisada a questão da igualdade, especialmente da desigualdade que ameaça solapar o regime democrático, retomou-se o exame do suposto conflito entre liberdade e

⁸ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 149-165.

⁹ De acordo com a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (artigo 1º), sendo a prova da cidadania, para ingresso em juízo, feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda (§3º).

¹⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, *passim*.

igualdade, a fim de oferecer alguma contribuição à sua harmonização no plano de concretização de direitos fundamentais. Como subsídio à explanação, apresentou-se dois conceitos de liberdade: o primeiro, aduzido por Isaiah Berlin¹¹, para quem a realização de alguns ideais impossibilita a concretização de outros, aponta para uma inconciliabilidade entre todas as reivindicações humanas, à medida que o segundo, oferecido por Ronald Dworkin¹², denota uma visão holística dos valores humanos, percebidos como interdependentes, e não absolutos.

Apesar de ambos serem adeptos do pluralismo, há um interessante contraste entre suas acepções, pois Berlin defende que os valores podem entrar em conflito, inclusive no íntimo de um único indivíduo, sem que, com isso, se possa concluir que alguns sejam verdadeiros e outros falsos, mas apenas que os homens estariam condenados a escolher entre uns ou outros; já Dworkin sustenta um ideal holístico, capaz de harmonizar os valores liberais dominantes, sem que percam sua essência.

Numa segunda estratégia de enfrentamento do problema posto, buscou-se apontar para a existência de uma indissociável conexão entre as faces essenciais do Estado¹³ – a social, a jurídica e a política – responsável diretamente pela consolidação da cidadania nas democracias liberais. Destaca-se, porém, que a análise enfatizou diretamente as vertentes jurídica e política da questão. Com efeito, é impossível compreender a dinâmica de atuação e funcionamento estatal sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento prende-se a fundamentos e finalidades políticas, à medida que a escolha ou permanência dos meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas¹⁴.

O ponto central, aqui, é compreender a forma como se dá este intrincado relacionamento entre a ordem jurídica e o poder soberano, em especial no que se refere aos limites desta interação e ao problema da legitimidade do poder, estreitamente ligado ao princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo. Em razão da recorrente afirmativa de que o poder político deve ter uma justificação moral ou um fundamento jurídico, surgiram vários critérios de legitimação do poder, com os quais se procurou dar, a

¹¹ BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a Humanidade**: uma Antologia de Ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, *passim*. Nesta pesquisa, foi utilizado o ensaio intitulado “Dois conceitos de liberdade” (p. 227 a 272), de 1958, cujo teor corresponde ao da conferência inaugural de Berlin como professor ocupante da cátedra Chichele de Teoria Política e Social da Universidade de Oxford.

¹² DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Op. cit., *passim*.

¹³ Segundo Miguel Reale, o Estado apresenta-se como uma “pirâmide de três faces”: uma face social, relativa à formação e ao desenvolvimento estatal em razão de fatores socioeconômicos; uma face jurídica, que se relaciona com o Estado enquanto ordem jurídica; e uma face política, onde aparece o problema das finalidades do governo em razão dos diversos sistemas de cultura. (REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 124).

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder, uma razão para obedecer¹⁵.

Com o fito de esclarecer tais questões, optou-se por utilizar dois referenciais teóricos distintos: Niklas Luhmann¹⁶, cuja teoria social-sistêmica será abordada no segundo capítulo, e John Rawls¹⁷, com sua concepção política de justiça (a “justiça como equidade”), a ser tratada no terceiro capítulo. Com tal configuração, pode-se dizer que este trabalho procura transitar entre duas perspectivas teóricas de enfrentamento do problema geral: uma vertente de corte mais sociológico, dada pela matriz luhmanniana; e outra de corte mais filosófico, oferecida pela proposta do liberalismo político de Rawls. O objetivo é assinalar as diferenças que ambas abordagens projetam quanto ao mesmo objeto: o relacionamento entre a ordem jurídica e o poder soberano, a fim de aferir a legitimidade das decisões políticas em sociedades democráticas.

Para compreender o modelo social-sistêmico tal como proposto por Luhmann, mostrou-se necessário apresentar, inicialmente, algumas observações e reflexões sobre conceitos estruturantes de sua teoria, tais como a noção de sistema, de ambiente, de sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas, de evolução com fulcro na variação, seleção e reestabilização, de comunicação, de *autopoiese* e autorreferencialidade, de fechamento operacional e abertura cognitiva, de códigos sistêmicos e programas específicos de cada sistema, entre outros.

Num segundo momento, passou-se a discorrer sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, sobretudo no tocante à forma que assumem as decisões em cada um deles, às características dos processos decisórios, aos critérios de justificação e os objetivos de atuação dos atores envolvidos. Não obstante a autonomia e as peculiaridades de cada um, todos os subsistemas estão sujeitos às mesmas regras operacionais, o que possibilita a aplicação do princípio da autorreferencialidade para explicar a interpenetração entre direito e política por meio de interferências recíprocas¹⁸.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 88.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, *passim*.

¹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, *passim*.

¹⁸ A dinâmica de interferência recíproca entre direito e política pode ser exemplificada pelo fato de que a ordem jurídica só pode ser estatuída e imposta por meio de um poder político supremo e organizado, que toma decisões coletivamente vinculantes e, de outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica da qual se revestem, assim como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente, em especial à Constituição.

Ademais, sob a perspectiva luhmanniana, no Estado democrático de direito, a Constituição é responsável por realizar o acoplamento estrutural entre o ordenamento jurídico e o poder político, não por meio de *inputs* ou *outputs*, como ocorre em sistemas abertos, mas através de uma filtragem seletiva das influências externas, que são processadas internamente em cada sistema, a partir do seu modo particular de observar o ambiente. Nesta parte do trabalho, autores como Jürgen Habermas, Dieter Grimm e Celso Fernandes Campilongo nos auxiliam a compreender melhor a emaranhada conexão que se verifica entre política e ordem jurídica.

No terceiro capítulo, o problema do fundamento e legitimidade do poder foi debatido sob a ótica de John Rawls, que resgata a discussão sobre a possibilidade de conciliação entre os valores da liberdade e da igualdade nas sociedades democráticas constitucionais. Adverte-se que a questão da igualdade é, aqui, analisada sob o prisma da “igualdade na liberdade”¹⁹, ou seja, da igualdade perante a lei (*i. e.*, todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis) e da igualdade dos direitos (igual gozo por parte dos cidadãos de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos), a fim de que cada um possa fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros.

Inicialmente, neste capítulo, buscou-se recuperar o sentido histórico da afirmação das liberdades e sua lógica de movimentação entre indivíduo, sociedade e Estado. Para tanto, foi escolhida a obra de Maurizio Fioravanti²⁰, porque a tipologia criada por este autor permite compreender melhor a heterogeneidade que existe em torno daquilo que pode ser nomeado como “culturas das liberdades”. Essa análise é particularmente importante para percebermos que, do ponto de vista jurídico, é difícil encontrar um ideal abstrato de liberdade que possa ser afirmado independentemente das relações entre Estado e sociedade. Tais questões dependem de um ajuste cultural que afasta, de plano, qualquer ideia naturalista a respeito da liberdade.

Num segundo momento, foram perscrutados os liames entre a doutrina liberal, fundada em ideais de autonomia e individualidade, e o regime democrático, inspirado em ideais igualitários, o que, na verdade, reflete o velho antagonismo já mencionado entre liberdade e igualdade. Com fulcro especialmente no pensamento de Norberto Bobbio, investigou-se mais detidamente os conceitos de “democracia dos antigos” e “democracia dos modernos”, ambos calcados no princípio da soberania popular, bem como os postulados fundamentais do Estado liberal, com o intuito de averiguar a (in)compatibilidade entre democracia e liberalismo.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Op. cit., p. 39.

²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2009, *passim*.

Essas reflexões mostram-se essenciais para contextualizar o próximo tópico a ser abordado: o “liberalismo político”, enquanto teoria da filosofia política que se ocupa do princípio da legitimidade do poder nos regimes democráticos liberais. Em face das discrepâncias existentes nas sociedades modernas, permeadas por concepções religiosas, filosóficas e morais abrangentes e conflitantes, embora algumas sejam perfeitamente razoáveis, recorreu-se à doutrina do liberalismo político tal como proposta por John Rawls a fim de se estabelecer diretrizes para as instituições políticas, sociais e econômicas, denominadas “estrutura básica” da sociedade, realizarem os valores da liberdade e da igualdade, pilares das democracias constitucionais contemporâneas.

O autor defende uma concepção política de justiça, e não metafísica, que possa ser compartilhada pelas pessoas, seja qual for sua posição social ou seus interesses particulares. Trata-se, portanto, de uma concepção que sirva de base a um acordo político voluntário entre cidadãos vistos como pessoas livres e iguais. Neste ponto, será necessário esclarecer alguns conceitos-chave do pensamento rawlsiano, como a própria ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, a concepção política de pessoa, a noção de posição original, razão pública, consenso sobreposto etc., para que se possa estabelecer as premissas para uma base de justificação pública, no tocante a questões políticas fundamentais, que seja razoável.

Na última parte deste trabalho, procurou-se vincular os principais temas abordados nos capítulos antecedentes à guisa de um balanço geral acerca do papel do Estado, em sua face jurídica, na concretização da cidadania e dos direitos fundamentais.

Deste modo, buscou-se demonstrar a legitimidade e os limites da atuação dos juízes e tribunais, especialmente diante da atual crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo, na resolução de questões políticas fundamentais, com fulcro na tendência de “judicialização das relações sociais”, distinguindo-a do mero “ativismo judicial”, e na ideia de uso da “razão pública” como justificativa para aplicação de princípios de justiça pelo Judiciário, mais especificamente pelas Cortes Superiores, para resolução satisfatória dos desafios inerentes a sociedades complexas.

Esta análise foi realizada sob dois ângulos: de acordo com a teoria social-sistêmica, de Niklas Luhmann, que, além de uma perspectiva mais sociológica, é também mais focada no aspecto estrutural do inter-relacionamento entre o sistema jurídico e o político, descartando qualquer aspecto ético ou moral; e com base no liberalismo político, de John Rawls, cuja abordagem mais filosófica se volta a uma concepção política de justiça, que compreende aspectos valorativos específicos, isto é, em face da pluralidade de concepções filosóficas,

religiosas e morais existentes, o autor utiliza apenas os valores políticos para fundamentar sua teoria.

Enfim, o objetivo maior deste trabalho, conforme já salientado, é justamente examinar a interdependência entre o direito e a política, levando-se em consideração a legitimidade do poder, a fim de se estabelecer parâmetros aceitáveis e razoáveis para atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais em nosso país, de modo a garantir a igualdade democrática sem desrespeitar as liberdades básicas dos cidadãos.

Como se verá adiante, o tema mostra-se muito atual e relevante não apenas à comunidade acadêmica, mas a toda sociedade brasileira, que tem se mostrado, cada vez mais, engajada politicamente na luta por justiça social. Ademais, esta pesquisa guarda total pertinência com a área de concentração do Programa de Mestrado desta Instituição de Ensino, nos levando seriamente a “repensar a cidadania”.

Em relação à metodologia, empregou-se o método dialético de abordagem, segundo o qual os fenômenos não devem ser encarados isoladamente, como destacados um dos outros e independentes, mas como um todo unido e coerente, que pode ser compreendido e explicado quando se leva em consideração sua ligação com outros fenômenos circundantes. Destarte, a dialética revela-se como o método adequado para esta análise, pois considera o mundo não como um complexo de “coisas acabadas”, mas como um conjunto de processos que sofrem mudanças ininterruptas, embora sutis às vezes²¹. Quanto ao material utilizado, o levantamento dos dados foi feito basicamente por meio de revisão bibliográfica, que não se limitou à mera repetição do que já foi escrito sobre o assunto, mas propiciou o exame sob um novo enfoque.

²¹ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 101.

1 APORTES PRELIMINARES PARA UMA CONCILIAÇÃO ENTRE IGUALDADE E LIBERDADE NO EIXO CONCEITUAL DA CIDADANIA

Na edição de 16 de março de 2015 da revista *The New Yorker*, o professor de história americana na Universidade de Harvard, Jill Lepore, produz um interessante ensaio em que se pergunta pelo nível de desigualdade que pode ser suportado por uma democracia²². A pergunta é, de fato, interessante porque recupera um debate que, de tempos em tempos, acaba por centralizar as preocupações de juristas, economistas, filósofos e cientistas sociais: afinal, liberdade e igualdade são ideais políticos que estão sempre em conflito? Uma sociedade de cidadãos livres deve relegar a um segundo plano a igualdade? Ou, por outro lado, a sociedade igualitária, necessariamente, trairia a liberdade de seus cidadãos?

No texto, Lepore realiza a revisão de um conjunto de livros de importantes autores que manifestam uma preocupação comum com relação às atuais democracias: na maioria delas (ao menos, nos países centrais), pode ser observado um movimento de aumento nos níveis de desigualdade socioeconômica, sobretudo após a crise econômica mundial de 2008.

Utilizando a “Escala Gini”²³ – que mede a intensidade da desigualdade de renda numa escala de zero a um – o autor afirma que, enquanto no período de 1947 a 1968, o índice da desigualdade de renda nos Estados Unidos foi pressionado para baixo, chegando a .386 (menor marca da história), dados mais recentes mostram que, desde 1975, é possível assistir a uma trajetória ascendente desse mesmo índice, chegando, em 2013, a .476 (lembrando que, quanto mais próximo de zero, menor é a desigualdade).

Mesmo na Europa, onde os índices de desigualdade são menores do que estes observados nos Estados Unidos, é possível verificar o crescimento da distância que separa o chamado “1% mais ricos”²⁴ das demais classes sociais. Assim, em um movimento novo, desde a década de 50 do século XX, temos uma vala intensa e visível a separar as classes baixas e médias daquelas portadoras de grandes fortunas. No caso, é importante destacar que os dados relatados, bem como as obras dos autores consultados por Lepore, indicam que o crescimento

²² LEPORE, Jill. *Richer and Poorer: Accounting for inequality*. In: *The New Yorker, Annals of Society*. Mar. 16, 2015.

²³ Em referência ao italiano Conrado Gini, criador do padrão estatístico utilizado pelo *The United States Census Bureau* para calcular a desigualdade de renda nos Estados Unidos desde 1947.

²⁴ De acordo com o estudo anual sobre riqueza realizado pelo banco *Credit Suisse*, em 2015, 1% da população mundial considerados “os mais ricos” (*i. e.*, detentores de um patrimônio avaliado em 760 mil dólares) possuíam tanto dinheiro líquido e investido quanto os 99% restante da população do planeta. (FARIZA, Ignacio. Desigualdade social: 1% da população mundial concentra metade de toda a riqueza do planeta. **EL PAÍS Brasil**, Madri, 17 out. 2015, Economia. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/13/economia/1444760736_267255.html>. Acesso em: 27 jan. 2015).

diz respeito ao tamanho do fosso social, e não ao aumento efetivo de pessoas ou grupos possuidores de grandes fortunas.

No Brasil, de acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o índice de Gini recuou de .495 em 2013 para .490 em 2014, denotando uma curva descendente pelo décimo ano consecutivo. Em países periféricos, como o nosso, a tendência de diminuição dos níveis de desigualdade pode ser explicada pelo aumento da renda dos mais pobres²⁵, principalmente em razão de políticas públicas que visam promover maior redistribuição de renda. No entanto, a perda do dinamismo econômico aliada à alta do desemprego e da inflação devem manter estável o índice pelos próximos anos.

Outra ressalva a ser feita em relação a esses dados diz respeito à sua veracidade, especialmente em razão da dificuldade em se medir o outro lado da desigualdade brasileira – os ricos – seja por serem menos acessíveis, seja por não terem a intenção de falar de maneira precisa sobre seus ganhos.

Com o intuito de corrigir distorções na medição da desigualdade feita por pesquisas domiciliares, que tendem a subestimar os rendimentos mais elevados, um pioneiro estudo sobre a desigualdade no Brasil foi realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²⁶, com base em informações das declarações do Imposto de Renda de Pessoas Físicas para os anos de 2006 a 2012, seguindo, para tanto, a metodologia de Piketty. A conclusão a que se chegou é a de que a desigualdade no País é mais alta do que se imaginava²⁷ e permanece estável, com flutuações mínimas.

De todo modo, há um considerável consenso em torno da conclusão que aponta para um *déficit* de legitimação das democracias ocidentais – cujo exemplo maior seriam os Estados Unidos – na medida em que esses índices de desigualdade aumentam de forma

²⁵ De acordo com a pesquisa, a queda da desigualdade nacional foi possível porque o rendimento dos 10% mais pobres cresceu 4,1%, enquanto a renda dos 10% mais ricos teve queda de 0,4%. Contudo, o aumento da renda real (descontada a inflação) foi de apenas 0,8%, a menor em uma década. (VILLAS BÔAS, Bruno. VETTORAZZO, Lucas. Desigualdade recua pelo 10º ano, mas ciclo dá sinais de esgotamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 nov. 2015, Mercado 1, A21).

²⁶ MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. CASTRO, Fábio Avila de. O Topo da Distribuição de Renda no Brasil: Primeiras Estimativas com Dados Tributários e Comparação com Pesquisas Domiciliares (2006-2012). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 58, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582015000100007&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 30 jan. 2016. Este estudo mostra-se extremamente importante para aferição da desigualdade de renda, pois todas as teorias e interpretações feitas até agora baseiam-se na experiência e nos dados dos países desenvolvidos; poucas são as informações sobre a periferia, na qual o Brasil ocupa lugar de destaque.

²⁷ Para se ter uma ideia da concentração de renda no Brasil, a pesquisa indica que os 5% mais ricos, de acordo com as Declarações do Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF), receberam 44% da renda total do País; o 1% mais rico apropriou-se de 25% e, dentre estes, o 0,1% mais rico recebeu quase 11% da renda total, o que implica dizer que sua renda média foi quase 110 vezes maior do que a média nacional. (Ibidem).

exponencial²⁸. Por mais que tais regimes políticos estejam assentados em uma economia de livre mercado caracterizada pela competitividade e pela livre concorrência, o recrudescimento da desigualdade produz um impacto negativo naquela dimensão que podemos nomear como “fundamentos morais da política”²⁹.

O crescimento da desigualdade socioeconômica não representa um problema exclusivo daquilo que o pensamento jurídico tradicionalmente chama de “igualdade material”³⁰, afetando também o núcleo da chamada “igualdade formal”, ligada mais diretamente aos direitos civis e políticos. Vale dizer, enquanto ideais abstratos, uma democracia liberal não pode conviver de forma íntegra e coerente com desigualdades excessivas, principalmente quando elas começam a lesar o âmago moral de tais regimes, que é a igualdade de oportunidades e a igualdade de consideração e respeito³¹.

Entre vários argumentos que poderiam ser perfilados para explicar essa questão, podemos mencionar o sentimento difuso de que as pessoas que compõem essa pequena faixa privilegiada da população mundial acabam se diferenciando dos demais não apenas pelo poder econômico, mas, também, no que tange à submissão às regras jurídicas. Portanto, a ideia de igualdade de consideração e respeito, que de forma reducionista é pensada como igualdade

²⁸ Nas palavras de Lepore (Op. cit.): “*Political scientists are nearly as likely to study economic inequality as economists are, though they’re less interested in how much inequality a market can bear than in how much a democracy can bear, and the general thinking is that the United States is nearing its breaking point.*” (Cientistas políticos estão, provavelmente, tão aptos a estudar as desigualdades econômicas quanto os economistas, embora eles estejam menos interessados em quanta desigualdade um mercado pode suportar do que em quanta desigualdade a democracia pode suportar, e a opinião unânime é a de que os Estados Unidos estão se aproximando de seu ponto de ruptura. Tradução livre).

²⁹ Ian Shapiro utiliza a expressão “fundamentos morais da política” para se referir à discussão dos limites para a autoridade legítima dos governos: “quando os governos merecem nossa lealdade, e quando devemos negá-la?” O autor, em análise das tradições utilitarista, marxista e contratualista, constata que, apesar de cada uma colocar em evidência um conjunto bem distinto de questões sobre a legitimidade política, todas têm em comum o fato de terem sido moldadas pelo Iluminismo, marcado profundamente pelo ideal de liberdade humana expresso em uma doutrina política dos direitos individuais. O Iluminismo atribui a legitimidade das instituições políticas à sua capacidade de personificar valores comunitários que moldam as vidas dos indivíduos e dão significado a elas, além de considerar a democracia, moldada pelo discurso político contemporâneo, a teoria política que melhor personifica os valores do Iluminismo. (SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução Fernando Santos. Revisão da tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-8).

³⁰ Neste sentido, por todos, Cf. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*.

³¹ Ronald Dworkin, falando de uma perspectiva do liberalismo político, afirma que “qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”. E, mais adiante, o jusfilósofo estadunidense explica melhor sua afirmação para conformar a questão não por meio de um raciocínio conflituoso entre liberdade e igualdade, mas, sim, de um argumento que dê conta de certa unidade de valor, *in verbis*: “faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos. Qualquer pessoa que aceita esse princípio abstrato aceita a igualdade como ideal político, embora a igualdade admita concepções distintas, essas concepções distintas são adversárias de tal princípio. Assim, quem pensa que a liberdade e a igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos.” (DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. Teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168-169).

perante à lei, passa a ser vilipendiada na medida em que, pelo contexto apresentado atualmente pelo estágio da chamada “globalização econômica”, as grandes riquezas não respeitam mais as imposições de tributação e condicionamentos de condutas, realizadas pelo Estado nacional.

Analisada a importância do vetor igualdade para a estabilidade e manutenção dos regimes democráticos, passaremos ao exame de sua função na concretização da cidadania.

1.1 UM NECESSÁRIO RETORNO À T. H. MARSHALL: A IGUALDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA CIDADANIA

Em 1949, Thomas Humphrey Marshall, referindo-se ao ensaio “*The future of the working classes*” (1873) do economista Alfred Marshall, no qual o autor se propunha a examinar o problema da igualdade social sob o ângulo do custo econômico, afirma que nele se encerrava uma hipótese sociológica implícita de que haveria uma espécie de igualdade humana básica associada a uma ideia de participação integral na comunidade, as quais não seriam incompatíveis com as desigualdades econômicas das classes sociais. E mais, que tal igualdade teria sido enriquecida com nova substância e investida de um notável conjunto de direitos, identificados com o *status* de cidadania.

Tais constatações fizeram com que Marshall refletisse sobre os elementos que compõe o substrato da cidadania, bem como sua inter-relação com as noções de classe social e de *status*, para que pudesse analisar o impacto da cidadania, que pressupõe a igualdade entre todos, sobre o sistema capitalista predominante, fundado sobre as desigualdades das classes sociais. Em razão de ter o desenvolvimento de ambos ocorrido de forma simultânea, afirmava Marshall que havia entre eles uma “tensão permanente” e indagava até que ponto poderia a igualdade inerente à cidadania ser preservada sem que, com isso, se interferisse no livre funcionamento do mercado capitalista (sob o risco de se enveredar para o socialismo, temor muito comum à época).

O autor, então, faz um retrospecto do desenvolvimento da cidadania na Inglaterra³² para explicar seu conceito, decompondo-o em três partes: o elemento civil (correspondente aos direitos necessários à liberdade individual, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos, e o direito à justiça); o político (*i.e.* o direito de participar no exercício do poder político, seja como membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitor dos membros de tal

³² Para informações acerca do desenvolvimento da cidadania no Brasil, Cf. CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., *passim*.

organismo); e o social (direito ao bem-estar econômico e social, em especial, o direito à educação e à assistência social). A conformação dos direitos civis, políticos e sociais corresponderia, aproximadamente, aos séculos XVIII, XIX e XX, e as suas congêneres institucionais seriam, respectivamente: os tribunais de justiça; o Parlamento e as instituições do poder local; e o sistema educacional e os serviços sociais.

Marshall faz uma interessante observação: “a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*”. Prossegue o autor: “a classe social, por outro lado, é um sistema de desigualdade. [...] E, portanto, compreensível que se espere que o impacto da cidadania sobre a classe social tomasse a forma de um conflito entre princípios opostos.”³³

Para explicar esta aparente contradição, afirma que há dois tipos de classe: uma vigente até o feudalismo medieval, a qual se baseava na hierarquia de *status*, aceita como uma ordem natural, em que cada classe possuía determinados direitos legais, sem que houvesse direitos compartilhados por todos (como ocorriam com os patrícios, os plebeus, os servos etc.); e outra, surgida com a modernidade, que emergia da combinação de vários fatores relacionados à propriedade, à educação ou à estrutura da economia nacional, mas na qual prevalecia uma capacidade igual no que diz respeito ao gozo de direitos. Assim, adverte:

O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status* diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada³⁴.

Portanto, na concepção de Marshall, todos os cidadãos possuem o mesmo *status* político, ainda que as classes sociais possam ser diferentes em sua essência, sobretudo em razão das desigualdades econômicas que imperam no sistema capitalista. Em outras palavras, as diferenças das classes sociais podem ser aceitáveis desde que a igualdade de oportunidades e a igualdade no gozo de direitos sejam reconhecidas a todos os cidadãos de uma mesma comunidade política.

Na última parte de sua conferência, o autor conclui que os direitos civis e os políticos tiveram pouca influência direta sobre a redução da desigualdade social – o papel preponderante foi desempenhado pelos direitos sociais da cidadania, sobretudo a educação, saúde e assistência social. Estes podem ser considerados alavancas para o crescimento pessoal e para o progresso material da sociedade.

³³ MARSHALL, Thomas Humphrey. Op. cit., p. 76.

³⁴ Ibidem, p. 79-80.

No período inicial de desenvolvimento do capitalismo, os direitos civis foram indispensáveis à propagação da economia de mercado competitivo, pois davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo³⁵.

O exercício dos direitos políticos, por sua vez, exigia uma experiência e organização em relação às funções próprias do Governo que os trabalhadores daquele período (pós-revolução industrial) ainda não haviam aprendido a fazer uso. Logo, não passaram de uma potencial ameaça ao sistema capitalista emergente, sem, contudo, ferir-lhe as bases.

Já a incorporação dos direitos sociais ao *status* da cidadania que, num primeiro momento, objetivava apenas reduzir as gritantes diferenças de classe, na tentativa de eliminar para o Estado o ônus que representa a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade, assumiu o aspecto de ação no século XX, por meio da oferta de diversos serviços sociais, tais como o acesso gratuito à justiça, a assistência médica, a educação, a moradia entre outros, modificando efetivamente o padrão da desigualdade social.

Sendo assim, conclui-se desta leitura que a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos dos quais os indivíduos eram capazes de gozar, sendo composta pelos direitos civis, políticos e sociais. Ademais, a cidadania está intimamente relacionada a um processo de universalização da igualdade em sentido político, sendo que o desafio da sociedade e do Estado contemporâneos não é estabelecer uma igualdade absoluta entre seus cidadãos, mas remover as desigualdades que não possam ser consideradas legítimas, utilizando como padrão de legitimidade a justiça social.

1.2 A CIDADANIA NO BRASIL E A INVERSÃO DA LÓGICA DE MARSHALL: “ESTADANIA”?

Vimos então que, nos termos trabalhados por T. H. Marshall, a configuração da cidadania na Inglaterra se deu da seguinte forma: no século XVIII, ocorreu a afirmação histórica dos direitos civis; no século XIX, o surgimento dos direitos políticos; e no século XX, o aparecimento dos direitos sociais. É possível afirmar, ainda, que o fortalecimento dos direitos

³⁵ MARSHALL, Thomas Humphrey. Op. cit., p. 79-80.

civis naquele país guarda pertinência com a atuação dos juízes do *common law*, como já aparece no debate entre Thomas Hobbes e Edward Coke³⁶ e no *Bonham's case*³⁷.

Ocorre que, na Inglaterra, a sociedade civil já havia criado um ambiente amadurecido em relação à garantia dos direitos civis, que apareciam como efetivas conquistas do povo, provenientes de uma forte mobilização social. Deste modo, as liberdades civis, garantidas por um Judiciário cada vez mais independente do Executivo (e, também, mais fortalecido), permitiram a expansão dos direitos políticos, consolidados pela atuação dos partidos políticos e do Legislativo. Estes, por sua vez, votavam e aprovavam direitos sociais, que eram postos em prática pelo Governo, o que vem a demonstrar o equilíbrio nas relações institucionais entre os poderes.

Ressalte-se que, inicialmente, os direitos sociais eram considerados incompatíveis com os direitos civis e políticos, pois a proteção do Estado a certas pessoas era vista como uma

³⁶ No Capítulo XXVI do *Leviatã*, dedicado às leis civis, Hobbes faz breve menção ao juiz Edward Coke, retomando a discussão em livro posterior – *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England* – publicado em 1681. No *Leviatã*, Hobbes rebate a teoria de Coke de que a razão da lei decorre de uma “perfeição artificial da razão, obtida através de muito estudo, observação e experiência”, argumentando que “o que faz a lei não é aquela *juris* prudência, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens.” Para Hobbes, a jurisprudência não é fonte da lei e, em todos os Estados, o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembleia, como numa democracia ou numa aristocracia, pois é só o Estado que prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos leis. O juiz subordinado, por sua vez, deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme esta vontade. Ainda segundo o autor, quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio; ademais, a decisão sobre o que é razoável em relação às leis consuetudinárias e o que deve ser abolido pertence a quem faz a lei, que é a assembleia soberana ou o monarca. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015).

³⁷ Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud, em artigo sobre “A gênese do controle difuso de constitucionalidade”, bem elucidam o caso Bonham, considerado o principal antecedente para a criação da técnica da *judicial review*. Segundo os autores, no ano de 1605, o médico Thomas Bonham, que havia estudado medicina em Cambridge, submeteu ao Colégio de Médicos da Inglaterra, instituição criada pelo *Lord Cancellor Card Wolsey*, em 1518 (e que, durante o século XVI, utilizou de seus poderes conferidos pelo *Act of Parliament* de 1540 para perseguir diversos médicos) petição em que solicitava o direito de administrar medicamentos, o que lhe foi negado. Como Bonham apresentou respostas consideradas impertinentes pelo Colégio, teve sua licença cassada e passou a exercer a medicina sem a devida autorização. Além disto, a atitude de Bonham lhe rendeu multas e até uma prisão por desacato, impostas pelo Colégio. Após a prisão, o advogado de Bonham conseguiu obter *habeas corpus* no tribunal (*Common Pleas*), presidido pelo chefe de justiça Edward Coke, contrariando o que havia sido estabelecido na *Jenkins Doctrine* (precedente no qual o médico Roger Jenkins, preso por ter recusado a se submeter à autoridade do Colégio, teve seu pedido de *habeas corpus* negado pelo chefe de justiça Popham, sob a alegação de que o Colégio teria competência suficiente para decretar a prisão dos infratores e, ainda, que os tribunais não poderiam decidir sobre a liberdade dos infratores). Bonham também reclamava cem libras a título de danos particulares em razão de *false imprisonment* por parte do Colégio. Em 1610, o caso foi decidido a favor de Thomas Bonham pelo tribunal, em votação por maioria, sendo, portanto, modificada a *Jenkins Doctrine*. Com isso, os autores pretendem esclarecer que, no sistema de precedentes, não há uma inexorável vinculação jurisprudencial, mas, sim, que a existência de um precedente serve de orientação para o que deve ser levado em conta na análise de casos futuros. (ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*. **Revista de Processo**, v. 229/2014, p. 433-446, mar. 2014, DTR/2014/700).

restrição à liberdade dos assistidos e, como tal, lhes retirava a condição de independência necessária para o exercício do direito de voto, que lhes foi, por isso, suprimido. Apenas com uma mudança de mentalidade mais tardia é que os direitos sociais passaram a ser considerados compatíveis com os outros direitos e o cidadão pleno passou a ser aquele que gozava de todos os direitos civis, políticos e sociais.

No Brasil, por outro lado, a configuração da cidadania se deu numa ordem completamente diferente daquela verificada na Inglaterra: “a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.”³⁸ Primeiro, vieram os direitos sociais em momentos de autoritarismo político; depois, os direitos políticos presentes apenas formalmente e em regimes de exceção; e, por último, os direitos civis, que ganharam destaque após a promulgação da Constituição Federal de 1998, não obstante continuarem inacessíveis à maioria da população. Além disto, aqui, os direitos surgiram de forma isolada, e não cumulados, e houve maior ênfase em um deles – o social – em detrimento dos outros.

Não que haja apenas “um” caminho para a cidadania – pelo contrário, cada país seguiu seu próprio caminho. “Mas é razoável supor que caminhos diferentes afetem o tipo de cidadão, e, portanto, de democracia, que se gera. Isto é particularmente verdadeiro quando a inversão da sequência é completa, quando os direitos sociais passam a ser a base da pirâmide.”³⁹ No exemplo inglês, havia uma sequência não apenas cronológica, mas lógica, na consolidação dos direitos. Alterações nesta ordem afetam diretamente a natureza da cidadania, de modo que a especificidade do caso brasileiro levou à configuração daquilo que José Murilo de Carvalho, cientista político brasileiro, chamou de “estadania”, em contraste com a cidadania plena.

Neste modelo, há uma excessiva valorização do Poder Executivo, mesmo porque os momentos de implantação dos direitos sociais, que atendiam grossa parte da população brasileira, ocorreram em períodos ditatoriais, em que o Legislativo estava fechado ou era apenas uma figura decorativa no cenário político⁴⁰. Carvalho ressalta que a impaciência popular com o funcionamento geralmente mais lento do mecanismo democrático de decisão levou à busca de soluções mais rápidas por meio de lideranças carismáticas e messiânicas, tais como pelo menos três dos cinco presidentes eleitos pelo voto popular após 1945: Getúlio Vargas, Jânio Quadros e Fernando Collor de Mello⁴¹.

³⁸ CARVALHO, José Murilo. Op. cit., p. 220.

³⁹ Ibidem, p. 221.

⁴⁰ O desprestígio do Legislativo e de seus titulares pode ser percebido ainda hoje por meio do menor interesse que despertam as eleições legislativas em face das campanhas pela chefia do Executivo, seja em âmbito federal, estadual ou municipal. Além disto, nunca houve no Brasil reação popular contra fechamento do Congresso.

⁴¹ CARVALHO, José Murilo. Op. cit., p. 222.

Além da cultura política estatista (ou governista), a inversão na ordem de consolidação dos direitos da cidadania também favoreceu uma visão corporativista dos interesses coletivos: setores da sociedade passaram a se organizar para garantir a fruição dos direitos e privilégios distribuídos pelo Estado (em detrimento de uma mobilização coletiva, de caráter mais abrangente). Carvalho afirma que a força do corporativismo se manifestou mesmo durante a Constituinte de 1988:

Cada grupo procurou defender e aumentar seus privilégios. Apesar das críticas à CLT, as centrais sindicais dividiram-se quanto ao imposto sindical e à unicidade sindical, dois esteios do sistema montado por Vargas. Tanto o imposto como a unicidade foram mantidos. Os funcionários públicos conseguiram estabilidade no emprego. Os aposentados conseguiram o limite de um salário mínimo nas pensões, os professores conseguiram aposentadoria cinco anos mais cedo, e assim por diante. A prática política posterior à redemocratização tem revelado a força das grandes corporações de banqueiros, comerciantes, industriais, das centrais operárias, dos empregados públicos, todos lutando pela preservação de privilégios ou em busca de novos favores⁴². (Grifo nosso)

Em nosso país, a sociedade civil ainda tem dificuldade para se organizar de maneira autônoma com relação ao Estado e acaba depositando suas esperanças nos chefes do Executivo (seja na figura do Presidente da República, dos Governadores ou Prefeitos) e no Judiciário, em detrimento do Congresso Nacional (e, em âmbito local, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais), o que enfraquece o sistema representativo e a própria democracia. Destarte, esse vínculo de dependência da sociedade com o Estado impede a sua emancipação política e, conseqüentemente, a conquista efetiva do pleno exercício da cidadania.

A representação política tem se mostrado ineficaz para atender às demandas dos cidadãos em geral, reduzindo-se meramente ao papel de intermediário de favores pessoais ou de interesses corporativos perante a máquina pública. Este fenômeno não é exclusivamente local. Manuel Castells, sociólogo espanhol, aponta para uma crise mundial dos sistemas tradicionais de democracia representativa por conta da corrupção e afirma que isto tem se evidenciado nos últimos anos em razão da ampliação do acesso à informação e da capacidade de organização e mobilização sociais proporcionados pela internet:

Os cidadãos deixaram de aceitar que sua capacidade política seja um voto a cada quatro anos. Há uma insatisfação com toda a classe política. E isso não significa que se acredite que todos os políticos sejam corruptos, mas sim que **há uma classe política que está separada da cidadania, que é formada por profissionais que têm um interesse comum: o monopólio da política da corrupção.** [...] A comunicação social estava monopolizada até hoje ou pelo poder político, ou pelo poder econômico. Agora, a internet permite às pessoas comunicar-se diretamente sem passar por esses

⁴² CARVALHO, José Murilo. Op. cit., p. 223.

controles, e sem passar por qualquer censura. Ainda que se queira controlar a internet, não se pode⁴³. (Grifo nosso)

Outro problema sério é que, em momentos de instabilidade como este, atores do Executivo e do Judiciário começam a se comportar de forma arbitrária em relação à Constituição, seja mediante uma atuação aquém da necessária para concretização dos direitos fundamentais nela previstos, ou ultrapassando seus limites. É justamente a relação problemática entre Estado e sociedade civil, diante da atual crise de legalidade e de representatividade, que aprofundaremos no tópico seguinte.

1.2.1 Cidadania E Democracia: Os Paradoxos Derivados Do Estatalismo À Brasileira

As dificuldades decorrentes da construção da cidadania no Brasil trazem consigo uma consequência que, há muito tempo, faz parte do catálogo de problemas enfrentados pelo direito brasileiro: a relativa impossibilidade de se impor, com generalidade, a todas as camadas da população. Fala-se, nesse sentido, em uma “crise de legalidade”, que aparece no momento em que determinadas burocracias estatais são cumpridas de forma seletiva, de acordo com a clientela que esteja envolvida na questão.

Na verdade, a polêmica envolvendo a crise da legalidade se aproxima muito de uma outra, que pode ser mencionada como “inflação legislativa”⁴⁴. Embora correlatos, há diferenças significativas entre os dois fenômenos. Basta dizer que a inflação legislativa não é exclusividade dos países periféricos. Segundo Mauro Cappelletti, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde as discussões sobre o direito se revestem de uma característica muito mais judicialista do que na tradição continental, o surgimento de demandas de cunho coletivo e transindividual nas últimas décadas acarretaram um crescimento na atividade regulamentadora do Parlamento significativamente maior em comparação com outros períodos históricos⁴⁵.

Por outro lado, a crise da legalidade é um problema mais particularmente ligado aos países periféricos, como é o caso da América Latina de uma maneira geral que, além de sofrer os influxos da inflação legislativa, padece também com o problema da inefetividade da lei. A

⁴³ COLOMBO, Sylvia. Simpatia do brasileiro é um mito, diz sociólogo Manuel Castells. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 maio 2015, Poder. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1630173-internet-so-evidencia-violencia-social-brasileira-afirma-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2015.

⁴⁴ O aumento não só da atividade legislativa, mas também da produção normativa de todo o aparato estatal (vide o exemplo das medidas provisórias) revela um processo fragmentário e setorial, com o intuito de editar leis ou atos normativos pontuais para remediar situações específicas, bem como denota a falsa percepção de que a reforma da Constituição é a solução adequada para pôr fim a qualquer instabilidade institucional, como se o seu retalhamento, via emendas constitucionais, fosse capaz de resolver os sérios problemas estruturais que o nosso País enfrenta.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, *passim*.

novidade, talvez, esteja no fato de que os movimentos narrados acima estejam transportando os problemas derivados dessa crise de legalidade, observada na modernidade periférica, para democracias da modernidade central.

Para esclarecer melhor o que consideramos como “crise da legalidade”, é importante clarear o que se entende pelo termo “legalidade”. Isso pode soar estranho, visto que o elementar para aqueles que lidam com o direito é saber o que significa legalidade, ou o “princípio da legalidade”. Todavia, o significado amplamente difundido do termo fica aquém do sentido por ele projetado, conforme veremos adiante.

É corriqueiro associar a legalidade ao império da lei e sua exclusividade no estabelecimento de obrigações na ordem civil em geral (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). Fala-se, portanto, em “legalidade estrita ou fechada”, como se dá no âmbito penal e no tributário – apenas a lei pode criar ou abolir crimes; e apenas a lei pode criar ou revogar tributos – e em “legalidade ampla ou aberta”, a partir da qual vige a máxima: “o que não é proibido é permitido”.

Não é nesse sentido que se fala em crise da legalidade. Aliás, esse tipo de determinação do princípio da legalidade encobre seu significado mais essencial. Neste significado, legalidade deve ser entendida como: o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria uma incoerência afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais⁴⁶, sob o marco de uma legitimidade democrática.

Mais do que isso: legalidade implica na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões. Ou seja, a legalidade é uma forma de se constituir o espaço público de maneira que se possa dizer que esteja tomado por ela; é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é efetivamente público e não, colonizado por interesses privados.

Com efeito, no caso brasileiro, não se trata de construir alternativas teóricas à legalidade, mas, sim, de fazer com que a legalidade, em crise, possa verdadeiramente tomar o espaço público. Isso implica que os próprios órgãos estatais, em todos os níveis, devam orientar suas decisões pela Constituição, pela lei e por aquilo que foi determinado pelo Judiciário, nos

⁴⁶ DÍAS, Elías. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 1, n. 1, jun-1995. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, p. 16.

casos de eventuais conflitos⁴⁷. Nesta perspectiva, podemos dizer que a legalidade determina a força que um Estado tem, e não o peso e tamanho de seu aparelho burocrático.

Como afirma Guilherme O'Donnell⁴⁸, procurando traduzir isto que dissemos, mas de uma forma negativa, “um Estado forte, independentemente do tamanho de suas burocracias, é aquele que estabelece efetivamente essa legalidade e que não é visto pela maioria da população como apenas uma arena para satisfação de interesses particularistas.” Evidentemente, como estamos falando de legalidade, cidadania e democracia, essa força não é determinada pelo grau de coerção que o Estado imprime sobre os indivíduos, numa espécie de relação entre súdito e soberano, mas uma força que se determina a partir da legitimidade que as ações do Estado alcançam sobre cada um dos cidadãos.

Entretanto, diante do já mencionado problema da inflação legislativa e do surgimento daquilo que Garcia Herrera denomina “leis-medida”⁴⁹ (*i.e.*, das leis destinadas a remediar uma situação concreta específica), poder-se-ia indagar se não seria justamente a lei o *locus* onde residiria a consagração daqueles interesses particularistas levantados por O'Donnell?

Se compreendermos a legalidade e sua crise como algo que afeta simplesmente a legislação, incorreríamos naquela dimensão simplificadora tradicionalmente reproduzida pela visão técnico-dogmática dos juristas. Neste aspecto reside, talvez, a maior diferença entre o problema da inflação legislativa e o da crise da legalidade: esta última implica, também, numa “crise de constitucionalidade”. Pensar de modo contrário a este entendimento seria admitir o contrassenso de, num Estado democrático de direito, ser possível uma legalidade inconstitucional⁵⁰.

A legalidade não se constitui apenas pelo requisito formal, mas recebe atributos de legitimidade material na medida em que ela mensura qualitativamente os meios de institucionalização da democracia, de modo que poderíamos dizer, sem cindir estes dois

⁴⁷ Nessa medida, também as teses sobre a chamada **relativização da coisa julgada**, capitaneadas por autores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado (por todos, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. **Revista de Processo**, n.109. São Paulo: RT, 2003) e que vem tomando força no Brasil desde a publicação do artigo citado, também pode ser mencionada como um fator constitutivo desta crise da legalidade. Isto porque relativizar a coisa julgada material – que significa destruir a imunização da decisão judicial transitada em julgado – implica instaurar um ambiente de indeterminabilidade em relação à legalidade, algo inconcebível em um Estado democrático de direito (Neste sentido, Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 509-510).

⁴⁸ O'DONNELL, Guilherme. Sobre o Estado, a Democratização e Alguns Problemas Conceituais. In: **Novos Estudos** – CEBRAP, n. 36, julho-1993, p. 128.

⁴⁹ GARCIA HERRERA, Miguel Angel. *Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional*. In: **Corrupción y Estado de Derecho - El papel de la jurisdicción**. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 72 e segts.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 73.

âmbitos, que toda crise da legalidade é também uma crise de constitucionalidade⁵¹, o que implica, em última análise, em um problema de “legitimidade” e de “simetria” no cumprimento das decisões estatais⁵².

Segundo O’Donnell, países como o Brasil, a Argentina e o Peru não são apenas vulneráveis a crises sociais e econômicas sucessivas, como sofrem, também, uma profunda crise em seus Estados, que passa pelo problema da ineficácia da lei, entendida neste sentido amplo. Evidentemente, isso suscita problemas históricos complexos, mas O’Donnell restringe sua análise aos movimentos que se instauram a partir do final dos regimes ditatoriais que inauguram, nestes países, um processo de redemocratização.

Essa crise implica pelo menos três dimensões: 1) do Estado enquanto conjunto de burocracias capaz de cumprir suas obrigações com eficiência razoável, que aparece como um encargo do regime anterior; 2) da efetividade da lei; e 3) da plausibilidade de que os órgãos do Estado normalmente orientem suas decisões segundo alguma concepção do bem público. Sem desconsiderar as demais dimensões, nos ateremos à questão da (in)efetividade da lei e ao correlato problema da colonização do público pelo privado, no âmbito brasileiro mais especificamente.

Caracterizada a inefetividade da lei como a incapacidade do Estado para concretizar suas próprias decisões, foram exploradas algumas das conexões com as relações sociais naqueles Estados mencionados. Há que se acrescentar, não que isso seja uma novidade, que a exclusão, a infinita distância que separa as classes sociais uma das outras e a sustentação de privilégios particulares, dão o tom da atividade estatal, de forma que se torna extremamente difícil separar o público do privado.

Esses fatores passam a minar as instituições que representam o cerne de todo programa democrático e que deve(ria)m constituir-se como “espaço público”. A começar pelo Congresso Nacional, órgão supostamente responsável pelo debate e pela formação da lei em todos os níveis, de modo a representar o interesse público, mas que, em geral, está dominado

⁵¹ O’DONNELL, Guilherme. Op. cit., p. 123-145.

⁵² A partir do que foi dito, é possível perceber que há uma dualidade entre o público e o privado. Mas essa dualidade nada guarda de relação com as clássicas dicotomias que marcaram a incorporação desta distinção em outros campos do conhecimento, como é o caso do Direito. Com efeito, para Hanna Arendt, por exemplo, o privado é um espaço necessariamente assimétrico no que diz respeito ao convívio, enquanto que o espaço público deve ser, necessariamente, simétrico. O privado é o espaço da interiorização, de labor e fabricação; ao passo que o público – que é o universo da política e do direito – é necessariamente simétrico. Por isso, Arendt não aceita o econômico no âmbito político, porque nele se dão relações indiscutivelmente assimétricas. Desta distinção entre público e privado (simétrico/assimétrico), aparece uma crítica de Hanna Arendt à contemporaneidade: “instrumentalizou-se a epistemologia política com a gramática do *Homo faber*”. Assim, o espaço público é inflado por relações privadas de barganha (economia de mercado), levada ao limite da própria manipulação do humano (ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, *passim*).

pelo interesse dos seus legisladores, preocupados em sustentar o sistema de dominação e privatização que os elegeu e a canalizar para esse sistema tantos recursos estatais quanto possível. Relativamente aos deputados e senadores da República, pode-se afirmar que:

A tendência de seus votos é, portanto, conservadora e oportunista. Para ter sucesso eles dependem da troca de “favores” com o executivo e diversas burocracias estatais e, sob executivos enfraquecidos que precisam de algum tipo de apoio congressional, eles obtêm frequentemente o controle das agências estatais que fornecem estes recursos⁵³.

Esse tipo de relação impossibilita qualquer concepção de lei enquanto conjunto de decisões tomadas num espaço público, eis que a orientação, ali, se volta à satisfação de interesses fragmentários e setoriais, retroalimentando o ciclo de “troca de favores”. Ademais, a própria relação entre o Estado e seus cidadãos merece ser repensada, afastando-se o sentimento difuso de cisão, como se um existisse sem o outro. Colocando em um contexto diverso – o do direito penal –, mas apontando também para o equívoco da cisão entre sociedade e Estado, Lenio Streck assevera:

Para eles o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado democrático de direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na figura mítica do Leviatã, ripristinando – para mim de forma equivocada – a antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic)⁵⁴.

Uma das causas que podem ser apontadas para justificar este distanciamento entre Estado (entendido, aqui, como Governo e Parlamento) e sociedade civil é justamente a falta de identificação entre os interesses da população como um todo com aqueles interesses particularistas que a classe política defende.

Neste ponto, é oportuno, ainda, transcrever outras posições importantes, como a de Gilberto Bercovici, por exemplo, que apresenta a questão da seguinte maneira:

Apesar de ser considerado um Estado forte e interventor, o Estado brasileiro é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Esta concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal: o Estado, ou melhor, o exercício da soberania estatal é bloqueado pelos interesses privados⁵⁵.

⁵³ O'DONNELL, Guilherme. Op. cit., p. 131.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de Excesso (*Übermaverbot*) à Proibição de proteção deficiente (*Untermaverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Separata vol. LXXX. Coimbra, 2004, p. 309.

⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Antônio José de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.

Se assim o é, e se a crise da legalidade é um fenômeno que nos atravessa enquanto brasileiros⁵⁶, é preciso reconhecer como acertadas as afirmações de Marcelo Neves:

No Brasil, não se trata primariamente do problema de esferas jurídicas alternativas em relação à legalidade estatal, mas sim da ausência ou fragilidade desta. [...] O que se observa é uma miscelânea social de códigos e critérios de comportamento, com efeitos autodestrutivos e heterodestrutivos em todas as esferas de ação, especialmente no que concerne ao direito. A situação é bem mais grave do que se pode inferir de conceitos como “direito alternativo”, “uso alternativo do direito” (que implica uma visão instrumental do direito) e “pluralismo jurídico”, os quais, no contexto da relação entre direito, Estado e sociedade no Brasil, transformam-se frequentemente em meros *slogans*. Nessas circunstâncias, a cultura dominante é a da ilegalidade. **Por conseguinte, em vez de alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa.** [...] Não redundna na procura de alternativas à legalidade, pois esta – e tendida como modelo geral e efetivo de estruturação das ações e comunicações jurídicas e políticas – ainda não é dominante no Brasil (por falta da generalidade da lei em relação à prática dos agentes estatais, indivíduos e organizações). Mas poderia, ao contrário, afirmar-se que **a legalidade (efetiva, a saber, dependente da concretização de uma ordem constitucional democrática) constitui uma alternativa para a cultura dominante da ilegalidade**⁵⁷. (Grifamos).

O que se tem é uma “aparência de legalidade”, uma vez que esta (a legalidade) poderá ser suspensa sempre que algum interesse privado se manifestar neste sentido. Esse quadro torna-se mais dramático se imaginarmos a necessidade indeclinável de igualdade de tratamento que deve(ria) imperar em uma comunidade política democrática e de cidadania minimamente sedimentada. Portanto, as relações de dependência e a privatização do Estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos direitos humanos e da soberania do povo como procedimento.

Segundo Marcelo Neves, não se trata de um problema estritamente antropológico cultural (como é sucessivamente ventilado nos veículos de comunicação e, até mesmo, em alguns certos setores acadêmicos). Na verdade, este problema é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado (e seus principais representantes) na modernidade periférica.

⁵⁶ Nessa medida, faz sentido o manifesto de Fábio Konder Comparato publicado no jornal Folha de S. Paulo, no qual o jurista perguntava: “Quem tem medo do povo?” Para Comparato, o Brasil realizou “uma notável façanha política: instituiu e fez funcionar, por mais de um século, uma república de interesse privado e uma democracia sem povo. [...] Em 1980, metade da renda nacional era distribuída como remuneração do trabalho; agora, só um terço. Já temos 8 milhões de desempregados formais, sem contar a multidão de definitivamente excluídos do mercado de trabalho. O rendimento médio do trabalhador brasileiro, medido pelo Dieese e o Seade, caiu 33% entre 1995 e 2005. A classe média, isto é, o conjunto dos que ganham entre três e dez salários mínimos, segundo o Ministério do Trabalho, decresceu nada menos do que 46% entre 2000 e 2006. Alguma surpresa se tais fatos coincidiram com a vaga de violência e banditismo que se alastrou por todo o país?” (COMPARATO, Fábio Konder. Quem tem medo do povo? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 mar. 2007, Caderno A1 - Tendências e Debates).

⁵⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 256.

Sob esta perspectiva, Neves afirma existir, nestas realidades estatais, relações de “subintegração” e “sobreintegração” no sistema jurídico. É preciso explicar melhor esta questão para uma adequada compreensão deste fenômeno, uma vez que ele se apresenta como um dos obstáculos que mais dificulta a realização de um Estado democrático de direito no Brasil (ao menos no que atina à questão da soberania interna). “Subintegração” e “sobreintegração” caracterizam explicitamente o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente. Assim:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal. [...] A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.”⁵⁸

Para o autor, tanto os “subcidadãos” quanto os “sobrecidadãos” estariam excluídos da ordem jurídica estatal: os primeiros por estarem abaixo dela, impedidos materialmente de exercer seus direitos fundamentais, embora sujeitos aos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal; e os segundos, por estarem acima do direito, utilizando-o como um meio para atingirem seus objetivos, sem se subordinarem efetivamente à ação punitiva do Estado no que tange aos seus deveres e responsabilidades. Não há, pois, uma esfera compartilhada de direitos e deveres, característica comum do *status* de cidadão.

Portanto, do exposto, denota-se que a legalidade deve ser entendida como o universo do público que comporta o espaço de decisões legislativas, administrativas e judiciais, todas elas tomadas sob o marco da Constituição e da cidadania. A infiltração de interesses privados e particularistas neste espaço degenera a legitimidade e institui relações assimétricas no âmbito estatal o que, em um Estado democrático de direito é inconcebível⁵⁹.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 248-250.

⁵⁹ Segundo Guillermo O’Donnell (Op. cit., p. 125): “Os estados se tornam ostensivamente incapazes de promulgar regulações efetivas da vida social em seus territórios e seus sistemas de estratificação. [...] Em muitas democracias emergentes, a efetividade de uma ordem nacional corporificada na lei e na autoridade do estado desaparece tão logo deixamos os centros urbanos nacionais. Mas mesmo nestes é visível a evaporação funcional e territorial da dimensão pública do estado. O crescimento do crime, as intervenções ilegais da polícia nos bairros pobres, a prática disseminada da tortura e mesmo a execução sumária de suspeitos pertencentes aos setores pobres ou estigmatizados, a negação de direitos a mulheres e a várias minorias, a impunidade do comércio de drogas e o

1.3 DE COMO IGUALDADE E LIBERDADE NÃO SÃO VALORES OPOSTOS E EXCLUSIVISTAS

No início deste trabalho, indagamos se haveria necessariamente um conflito entre igualdade e liberdade, dois importantes pilares do Estado democrático de direito, de modo que a realização plena de um destes valores implicasse numa limitação profunda do outro?

Antes de responder tal pergunta, analisou-se mais detidamente um dos polos desta relação – a igualdade – considerada fator determinante para consolidação do conceito moderno de cidadania. Na ocasião, verificou-se que os crescentes níveis de desigualdade das democracias têm gerado não só uma crise de legalidade e, conseqüentemente, de constitucionalidade, mas, também, têm permitido a criação de “classes” de cidadãos que não gozam dos mesmos direitos, nem se sujeitam a iguais responsabilidades legais – o que subverte, por completo, a igualdade de *status* inerente à cidadania defendida por Marshall.

Tecidas tais considerações, passar-se-á a examinar o outro polo desta relação – a liberdade – para que, ao final, se possa concluir pela conciliabilidade ou não destes importantes valores democráticos.

Os debates atuais sobre liberdade são, em grande parte, pautados pela distinção que Isaiah Berlin estabeleceu entre liberdade negativa e liberdade positiva, em seu ensaio “Dois conceitos de liberdade”. A originalidade desta diferenciação, porém, não pode ser atribuída ao autor, pois aquilo que a tradição democrática denomina de liberdade positiva assemelha-se muito à “liberdade dos antigos” descrita por Benjamin Constant, em seu célebre discurso “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, ao passo que a liberdade negativa da tradição liberal contém muito dos traços essenciais da “liberdade dos modernos”⁶⁰.

grande número de crianças abandonadas nas ruas (tudo assinalando um escasso progresso em relação ao regime autoritário precedente) refletem não apenas um grave processo de decadência urbana. Elas também expressam a crescente incapacidade do estado para tornar efetivas suas próprias regulações. Muitos espaços públicos desaparecem, tanto devido a sua invasão pela miséria desesperada de muitos como pelo perigo envolvido em sua utilização. O medo, a insegurança, a segregação dos bairros ricos e a verdadeira tortura que é usar o transporte público encolhem os espaços públicos e levam a um tipo perverso de privatização.”

⁶⁰ Nas palavras de Constant, a liberdade dos antigos “consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo em que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância.” Já a liberdade dos modernos: “É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-

Berlin, assim como vários outros filósofos que se debruçaram sobre o tema do dever de obediência na seara política, pretendia perscrutar até que ponto seria legítimo ao poder estatal coagir um homem, privando-o de sua liberdade. Desenvolveu, assim, dois sentidos políticos para um mesmo valor, distinguindo-os pela existência ou não de uma interferência externa ou de um controle capaz de determinar a conduta humana. Consoante o entendimento do autor:

A liberdade política nesse sentido (**liberdade negativa**) é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e, se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado. [...] **A coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos na minha área de atuação**⁶¹. (Grifo nosso)

Ser livre significa não sofrer coerção externa nas deliberações próprias, agir de acordo com a própria consciência e vontade, de modo que, quanto maior a área de não-interferência, mais ampla será a liberdade. Isto não quer dizer, porém, que a liberdade seja ilimitada, o que certamente levaria ao caos social, no qual as liberdades dos fracos seriam suprimidas pelos fortes, seja em razão de sua força física ou econômica. Assim, o grau de amplitude da liberdade pode ser restringido em proveito de outros valores essenciais e, até mesmo, da própria liberdade⁶².

Esta reflexão nos leva a uma outra: qual seria, então, o limite para a interferência da autoridade pública na vida privada? Berlin, apoiando-se no pensamento de outros autores, como Locke, Mill, Constant e Tocqueville, defende que parte da existência humana deve permanecer fora da esfera de controle social, não devendo, de modo algum, ser violada pelo Estado ou por qualquer outra autoridade, sob pena de incapacitar o indivíduo de desenvolver minimamente suas faculdades naturais. Um governo que assim agisse, caracterizar-se-ia como um verdadeiro déspota, imiscuindo-se na esfera mais íntima de seus cidadãos.

“Devemos preservar um mínimo de liberdade pessoal, se não quisermos ‘degradar ou negar nossa natureza’. Não podemos permanecer totalmente livres e devemos abrir mão de alguma liberdade própria para preservar o resto. Mas a rendição total do eu é a derrota do eu.”⁶³

lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.” (CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Tradução de Loura Silveira feita a partir da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes. Le Livre de Poche*, Collection Pluriel, Paris, 1980. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016).

⁶¹ BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 229.

⁶² O principal fator de limitação do livre agir do homem, nas democracias modernas, é a lei.

⁶³ BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 233.

A área de não-interferência implica, portanto, naquele mínimo do qual um homem não pode abrir mão sem ofender a essência de sua natureza humana.

Cabe ressaltar, ainda, que Berlin, considerando o sentido atribuído à liberdade negativa, deduz que não se trata de uma exclusividade de regimes democráticos, não sendo, deste modo, incompatível com alguns tipos de autocracia ou com a ausência de autogoverno, uma vez que seria possível que um déspota de pensamento liberal concedesse a seu povo uma grande liberdade pessoal, bem como que uma democracia fosse capaz de privar os cidadãos de muitas liberdades em prol do interesse público. Destarte, o sentido negativo da liberdade não se preocupa com “quem me governa?”, mas “até que ponto o governo interfere na minha vida?”.

Por outro lado, a noção de liberdade positiva está relacionada à primeira pergunta, refletindo o desejo de autodomínio, a vontade de ser o senhor de si mesmo, e não um escravo, como bem elucida o próprio Berlin na seguinte passagem de sua obra:

Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens. Desejo ser um sujeito, e não um objeto; ser movido pela razão, por objetivos conscientes que são meus, e não por causas que me afetam como que de fora. Desejo ser alguém, e não ninguém; um agente – decidindo, e não deixando que outros decidam –, guiado por mim mesmo e não influenciado pela natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e de realizá-las. Isso é pelo menos parte do que quero dizer quando afirmo que sou racional e que é a minha razão que me distingue como ser humano do resto do mundo. Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa, responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las a partir de minhas ideias e meus propósitos. Sinto-me livre na medida em que acredito que isso seja verdade, e escravizado na medida em que sou convencido do contrário⁶⁴. (Grifo nosso)

A liberdade positiva representa, pois, a participação ativa do indivíduo na condução da própria vida, tendo em vista o ser consciente e racional que é. Este ideal de viver de acordo com as próprias escolhas, não se submetendo ao arbítrio de outrem, conduz a um outro nível de reflexão: posso até não ser escravo de nenhum outro homem, mas não posso ser escravo da minha própria natureza?

Dito de outro modo: “Os homens não experimentaram a libertação da escravidão espiritual ou da escravidão à natureza, e ao longo deste processo não se tornaram conscientes, de um lado, de um eu que domina e, de outro, de algo dentro deles que é controlado?”⁶⁵

Segundo o autor, o embate entre o “eu dominante”, identificado com a razão e com a natureza mais nobre do ser humano, e o “eu empírico”, traduzido pelos impulsos e desejos irracionais, que necessita ser disciplinado, pode ser equiparado ao confronto entre um conjunto

⁶⁴ BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 237.

⁶⁵ Ibidem, p. 237.

social (o Estado, por exemplo) e o indivíduo que dele faz parte, no qual o primeiro impõe sua vontade coletiva ou orgânica sobre seus membros, coagindo-os em nome de alguma meta considerada de “interesse coletivo”, sob a alegação de que eles próprios as buscariam atingir se fossem mais esclarecidos ou racionais⁶⁶. Logo, a justificativa para a coação seria o bem comum (incluindo o meu próprio), permitindo-se certas limitações à liberdade individual a fim de viabilizar as demandas mínimas da vida social⁶⁷.

Quanto à questão sobre “quem deve nos governar”, independentemente de se considerar que seja o Estado, uma assembleia, um ditador, minha família, o meio em que vivo ou o próprio eu, todas as respostas, segundo Berlin, devem ser alguém ou algo que eu possa representar como “meu”, como algo que me pertence ou a quem pertença⁶⁸.

De fato, grande parte das lutas pela liberdade travadas pelos homens teve como objetivo estabelecer o direito de serem governados por si mesmos ou por seus representantes – o que confere legitimidade ao poder e fundamenta a obediência ao soberano. Além do mais, qualquer que seja a autoridade que os governe, nenhum poder pode ser considerado absoluto, devendo ter como limite os direitos constituídos (ao menos, em regimes democráticos).

Em suma, Berlin conclui que os dois sentidos atribuídos à liberdade “não são duas interpretações diferentes de um único conceito, mas duas atitudes profundamente divergentes e irreconciliáveis para com os fins da vida”⁶⁹, já que uma – a liberdade positiva – se coaduna com o “um” (o monismo) e a outra – a liberdade negativa –, com o “múltiplo” (o pluralismo).

Para o autor, a crença numa fórmula única, pela qual todos os diversos fins humanos possam ser harmoniosamente realizados, apesar de proporcionar certa satisfação ao intelecto e até um bem-estar espiritual, é demonstravelmente falsa, uma vez que sempre haverá comportamentos humanos imprevisíveis e imprevisíveis, os quais não se ajustarão aos padrões “aceitáveis”. Destarte, como nem todos os ideais da humanidade são conciliáveis uns com os outros, sempre seremos instados a escolher entre “fins igualmente supremos e reivindicações

⁶⁶ Berlin, quanto a este aspecto, ressalva que “uma coisa é afirmar que posso ser coagido para o meu bem, o qual sou demasiado cego para ver [...]. Outra coisa é afirmar que, se é para meu bem, não estou sendo coagido, pois teria determinado essa escolha, sabendo disso ou não, e sou livre (ou ‘verdadeiramente’ livre) mesmo quando meu pobre corpo terreno e minha mente tola a rejeitem amargamente e lutam de forma desesperada contra aqueles que procuram, embora benevolmente, impô-la.” (BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 239).

⁶⁷ Neste sentido, é oportuna a lição de Dallari, “Mantendo-se a liberdade ilimitada, como um valor supremo que não pode ser restringido por qualquer outro, uma vez que nenhum lhe é superior, será bem difícil a preservação da ordem e, conseqüentemente, da coordenação em função de fins. Entretanto, se essa consideração levar ao excesso de restrições à liberdade, para que seja assegurada com a máxima eficácia a preservação da ordem, esta acaba perdendo o caráter de meio para se converter em fim. E então será uma ordem maléfica, por se constituir um empecilho à consecução dos valores fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inscreve a liberdade.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 130-131).

⁶⁸ BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 262.

⁶⁹ Ibidem, p. 267.

igualmente absolutas”, de modo que a realização de algumas dessas escolhas acarretará, inevitavelmente, o sacrifício de outras. Nas palavras de Berlin:

Se, como acredito, todos os fins humanos são muitos, e nem todos são em princípio compatíveis uns com os outros, então a possibilidade de conflito – e de tragédia – jamais pode ser inteiramente eliminada da vida humana, pessoal ou social. A necessidade de escolher entre reivindicações absolutas é, portanto, uma característica inevitável da condição humana⁷⁰.

Na experiência humana, os valores morais, religiosos, intelectuais, econômicos ou estéticos, ainda que verdadeiros e determinados por algum padrão objetivo⁷¹, podem entrar em conflito, de modo que, em princípio, a realização de alguns ideais seja capaz de impossibilitar a concretização de outros. Um exemplo óbvio é que a própria extensão da liberdade de um homem para escolher a vida que deseja deve ser sopesada com as reivindicações de muitos outros valores, como a igualdade política, a justiça social, a segurança ou a ordem pública etc., de forma que sua liberdade acabe condicionada e limitada por outros fatores.

Ademais, nossos valores podem se chocar mesmo quando nos empenhamos em “fazer o melhor possível”, seja quando um Estado determina um bombardeio aéreo em uma área controlada por rebeldes e, com isso, acaba provocando a morte de pessoas inocentes, ou quando um magistrado ordena a suspensão de determinado aplicativo de troca de mensagens, por descumprimento de ordem judicial de quebra do sigilo das comunicações entre certos usuários, que acaba prejudicando outros que também se utilizam do mesmo serviço. Enfim, “Que não podemos ter tudo não é uma verdade contingente, mas necessária.”⁷²

Se o ideal de harmonia entre os valores não é apenas inalcançável, mas também incoerente com as sociedades reais, o pluralismo aparenta ser, na concepção de Berlin, um ideal mais verdadeiro e mais humano:

É mais verdadeiro, pois pelo menos reconhece o fato de que as metas humanas são muitas, nem todas comensuráveis, e em perpétua rivalidade umas com as outras. [...] É mais humano porque não priva os homens (como o fazem os construtores do sistema), em nome de algum ideal remoto ou incoerente, de muito que eles têm considerado indispensável para sua vida como seres humanos que imprevisivelmente se transformam a si mesmos⁷³.

De acordo com esta concepção, são inerentes à natureza humana e moldam a identidade do ser os conceitos morais fundamentais, que levam os indivíduos a efetuarem escolhas o tempo todo, não sendo possível privá-los deste aspecto tão essencial de suas vidas

⁷⁰ BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 270. Note-se que o autor afirma que um conflito em valores importantes e diferentes se constitui numa espécie de tragédia, sendo inevitável que soframos ou cometamos algum tipo de injustiça.

⁷¹ Berlin não acreditava que os valores nada mais seriam do que reações subjetivas ou criações sociais, decorrentes das diferentes formas de organização das sociedades, que, por esta razão, possuem dificuldades de se compreenderem mutuamente. Ao contrário, afirmava que os valores eram, de fato, objetivos.

⁷² BERLIN, Isaiah. Op. cit., p. 271.

⁷³ Ibidem, p. 272.

em nome de um ideal improvável de uma unicidade de crença ou concepções. É necessário, ainda, salientar a relatividade das convicções humanas, uma vez que nossos valores, mesmo aqueles considerados absolutos, não possuem validade eterna e indefinida, nem podemos estar totalmente seguros quanto à adequação de nossas escolhas.

Ronald Dworkin, ao analisar a obra de Berlin, adverte que há perigo de ambos os lados – tanto em relação ao monismo, quanto ao pluralismo de valores, a depender do tempo e do lugar em que se aplicam tais teorias (acrescentaríamos, ainda, dos fins para os quais são empregadas):

Assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quanto está a seu serviço, também outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender nenhuma escolha entre eles como a única escolha correta e que os sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis⁷⁴.

No entanto, a crítica mais contundente ao pensamento de Berlin refere-se à sua noção de liberdade, pois, da forma como ele a estrutura (enquanto ausência de interferência alheia nas realizações próprias), realmente provoca divergências insolúveis com outros valores fundamentais, especialmente com aqueles de caráter minimamente igualitários. Isto nos conduz a uma outra dúvida, bem conhecida de Berlin: o que fazer quando nenhuma das decisões a serem tomadas é correta? Ou seja, quando sabemos que nenhum dos nossos atos é correto porque, sejam quais forem, estaremos sempre fazendo algo errado?⁷⁵

Com o intuito de solucionar tais impasses, Dworkin propõe outra definição de liberdade no âmbito da filosofia política:

Liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; **é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas.** É a liberdade de usar seus recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima da maneira que lhe aprouver. Assim entendida, porém, **sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem de prejudicar alguém com métodos que você não tem o direito de usar**⁷⁶.
(Grifo nosso)

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Op. cit., p. 150-151.

⁷⁵ Dworkin utiliza um exemplo bem elucidativo desta questão: “Imagine-se na situação de Abraão com um punhal voltado para o peito de seu filho Isaac. Suponha que você acredite ter o dever religioso absoluto de obedecer ao seu Deus, aconteça o que acontecer, e também o dever moral absoluto de não ferir seu próprio filho, aconteça o que acontecer, e que você concebe tais deveres como independentes em sua origem. Sua teologia insiste, ao mesmo tempo, em afirmar que a autoridade de Deus não depende de suas ordens serem morais ou imorais, e que a autoridade da moral não provém, de modo algum, de um mandamento de Deus. Na medida em que tiver essas convicções, você estará convencido de que não poderá deixar de cometer um ato mau. Você está, por assim dizer, submetido a dois senhores – a Deus e à moral – e encontra-se diante da dificuldade trágica de que, ao menos do modo como entende a situação, a ordem de cada um nada vale aos olhos do outro. Você tem de escolher, e cada escolha representa uma terrível e definitiva deslealdade.” (Ibidem, p. 157).

⁷⁶ Ibidem, p. 159-160.

A diferença primordial entre as concepções dos dois autores é que Berlin insiste em afirmar que os valores são independentes entre si, como “soberanos absolutos”, à medida que Dworkin os compreende sob uma perspectiva holística como interdependentes. Essas posturas, sem dúvida, irão gerar resultados distintos: para o primeiro, o conflito entre valores é inevitável e sempre produz sofrimento ou injustiça; já a descrição esboçada pelo segundo permite decidir o que a liberdade exige e quando deve ser sacrificada, levando-se em consideração os direitos que as outras pessoas têm – esta postura de sopesar valores, visando harmonizá-los tende a minimizar a colisão entre eles.

Dworkin critica, inclusive, a atitude de Berlin quando este afirma que a noção de liberdade que propõe (e que leva invariavelmente ao conflito) seria a “nossa” noção de liberdade, de maneira que qualquer outra deveria ser considerada estranha aos “nossos padrões” (e inaceitável, por sinal)! Afinal, como resolver qual a concepção de liberdade deve aceita por uma sociedade como “verdadeira” e qual deve ser refutada por ser considerada “falsa” (ainda mais tendo declarado ser adepto de uma visão pluralista de valores)?

Destarte, sem desprezar a história, mas atribuindo-lhe um papel secundário, Dworkin prefere uma explicação fundamentada na moral para desmistificar a teoria de Berlin. Propõe que passemos a “densificar” nossos principais valores políticos, no sentido de torná-los mais concretos, a fim de identificarmos precisamente o que o valor, antes concebido em termos abstratos, realmente é. Para tanto, sugere indagar se as diferentes ações que determinada concepção de liberdade define como violações realmente são nocivas ou erradas, ou seja, se são, de fato, violações de alguma responsabilidade especial por parte do Estado ou se, ao contrário, o Estado não age mal com nenhum cidadão quando pratica aqueles atos⁷⁷.

Ora, se há nada de errado quando a liberdade é negada em determinadas situações, não se pode dizer que ocorreu uma violação da liberdade e, muito menos, um conflito entre a liberdade e outros valores, conforme imaginado por Berlin. Parece-nos, portanto, mais sensata a concepção de Dworkin, pois nem sempre o Estado age mal ao proibir certas condutas, “cerceando”, em tese, a liberdade de alguns indivíduos para preservar os valores que são caros

⁷⁷ O autor ilustra bem com o seguinte exemplo: “Suponhamos que eu pretenda assassinar meus críticos. O direito vai impedir que eu ponha tal decisão em prática e, nos termos da descrição de Berlin, estará, portanto, comprometendo minha liberdade. Sem dúvida, todos concordam que devo ser contido: os que defendem a definição de Berlin afirmam que, embora minha liberdade tenha sido violada, a violação se justifica nesse caso, porque a lesão de direito cometida contra mim se fez necessária para impedir um crime muito maior contra outras pessoas. Nesse caso, dizem eles, a liberdade está em conflito com outros valores, e são esses outros valores que devem prevalecer. O que estou perguntando, porém, é se a descrição de liberdade que produz esse suposto conflito é uma descrição bem-sucedida: **se nada de errado acontece quando sou impedido de assassinar meus críticos, não temos nenhum motivo para adotar uma concepção de liberdade que descreva o acontecimento como aquele em que se sacrificou a liberdade.**” (Grifo nosso). DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Op. cit., p. 163.

à sociedade. Assim, ainda que não se possa evitar definitivamente os conflitos entre liberdade e igualdade, nota-se que estes poderão ser atenuados se os compreendermos nos termos propostos por Dworkin.

2 CIDADANIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM UMA ABORDAGEM SOCIOLOGICA: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA SOB A PERSPECTIVA DE NIKLAS LUHMANN⁷⁸

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo direito nas sociedades modernas está relacionada à falta de efetividade de seu processo de tomada de decisões, consequência de uma nefasta crise de legalidade⁷⁹. A inflação legislativa aliada à inefetividade da lei contribuem para o agravamento da perda de credibilidade dos poderes constituídos, sobretudo do Executivo e do Legislativo, baseada na percepção, por parte dos cidadãos, de ausência de legitimidade das ações do Estado. Consequentemente, esta situação pode levar a uma crise de representatividade: por que obedecer a um poder que não é legítimo?

Neste contexto, desponta, no Brasil, um exacerbado protagonismo judiciário nas discussões políticas, sociais ou morais de assuntos controvertidos, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes, que embora possuam legitimação para a tomada de decisões nos casos que lhes são apresentados, têm sua admissão nos órgãos públicos subordinada à aprovação em concurso de provas e títulos, em se tratando do ingresso na carreira, ou à nomeação, para graus superiores.

Em decorrência deste enfraquecimento (ou mesmo, inércia) das instâncias políticas adequadas, como o Parlamento e o Governo, inúmeras questões de primordial importância para a concreção dos direitos humanos e da cidadania no País vêm sendo decididas no âmbito dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF).

Neste sentido, aponta-se a paradigmática Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com o objetivo de ver declarada inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de penalizar a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos e, em consequência, reconhecer o direito da gestante de antecipar o parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, devidamente diagnosticado por médico habilitado, sem a necessidade de autorização judicial prévia.

⁷⁸ Este tema, sob outro enfoque, encontra-se abordado em SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) – UNISINOS**, Rio Grande do Sul, v. 8, n. 1, p. 94-107, jan./abr. 2016.

⁷⁹ Como já foi dito, o termo “legalidade” assume, neste trabalho, uma acepção mais ampla do que aquela esculpida no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Deve, pois, ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição.

Outra importante decisão da Corte Constitucional foi aquela proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510, na qual se discutia a potencial afronta ao direito à vida, previsto no artigo. 5º, *caput*, da Constituição, em razão do disposto no artigo. 5º da Lei n. 11.105/2005, que permite, para fins terapêuticos e de pesquisa, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas por meio da fertilização *in vitro*.

Se, por um lado, nota-se o fortalecimento institucional do Judiciário, por outro, é necessário estabelecer parâmetros para o exercício da prestação jurisdicional e para a interpretação das normas jurídicas relacionadas à concretização dos direitos fundamentais, em que se verificam, normalmente, lesões decorrentes da inércia da Administração Pública em dar cumprimento aos comandos normativos ou, até mesmo, o descaso proposital em legislar acerca de temas polêmicos para evitar o desgaste, como foi o caso das uniões homoafetivas⁸⁰.

Assim, optou-se por apresentar uma justificação para o inter-relacionamento entre direito e política, na visão da teoria social-sistêmica proposta por Niklas Luhmann a fim de se averiguar o problema da legitimidade do poder, para, ao final do trabalho, expor-se as conclusões sobre o modo como esta interdependência pode contribuir para a efetivação da cidadania e dos direitos fundamentais no Brasil.

2.1 NOÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE LUHMANN

De acordo com Niklas Luhmann⁸¹, a sociedade moderna é considerada um grande sistema social, composto pelas comunicações que ocorrem em seu ambiente e que circula pelos diversos subsistemas que a compõem, cada qual com uma função diferenciada. Logo, todos os fenômenos sociais são vistos sob a ótica de sistemas, cujos elementos interagem por meio de certos procedimentos. Para melhor compreender a teoria social-sistêmica desenvolvida por

⁸⁰ Os ministros do STF, ao julgarem a ADI n. 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e a ADPF n. 132, interposta pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral –, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações – ministro Ayres Britto – votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”) que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

⁸¹ Luhmann nasceu em Luneburgo, na Alemanha; estudou Direito em Friburgo, de 1946 a 1949, e trabalhou como advogado administrativo em Hannover durante dez anos. Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos em Harvard por um ano e, em 1968, foi nomeado professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até se aposentar, em 1998. Sua obra consiste em cerca de 700 publicações, traduzidas para o inglês, francês, italiano, japonês, russo, chinês, espanhol e português (BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. Tempo Social, *Rev. Sociol. USP*, São Paulo, Ano 13(2), p. 185-200, nov. 2001, p. 190).

Luhmann, passaremos a discorrer brevemente sobre suas três principais vertentes: a teoria dos sistemas, a teoria da comunicação e a teoria da evolução.

Um sistema pode ser entendido como “a disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que funcionam como uma estrutura organizada”⁸², com vistas a atingir um objetivo. Há várias espécies de sistemas: os naturais (compostos pelos organismos vivos), os sociais (organizações sociais), os públicos (administração pública), os privados (empresas), sistemas isolados (como uma classe escolar) ou abrangentes (como os sistemas de transporte, de água, de educação, econômico, judicial, político). Cada sistema possui “recursos próprios”, isto é, os meios adequados para desempenhar as tarefas; além de “componentes”, que são a missão, os trabalhos e as atividades que o sistema pode desempenhar para realizar seus objetivos⁸³. Elucidativa é a afirmação abaixo:

(Sistema é) uma série de eventos relacionados um ao outro, ou de operações. No caso de seres vivos, por exemplo, esses são processos fisiológicos; no caso de sistemas psíquicos, os processos são ideias; e em termos de relações sociais, são comunicações. Os sistemas se formam ao se distinguirem do ambiente, no qual esses eventos e operações ocorrem, e que não pode ser integrado a suas estruturas internas⁸⁴.

O sistema, portanto, se distingue do “ambiente”, que corresponde a tudo o que extrapolar as fronteiras daquele (neste caso, é denominado “ambiente externo”) ou o que está fixo e fora do controle, do ponto de vista do sistema, mas que pode influenciar seu desempenho (o que seria o “ambiente interno”)⁸⁵. A diferenciação entre sistema e ambiente é fundamental para a compreensão da sociedade moderna, onde tudo o que ocorre pertence, simultaneamente, a um dos subsistemas (ou a vários deles) e ao ambiente de outros sistemas – daí a importância da distinção entre “o que está dentro” e “o que está fora”.

A grande inovação de Luhmann foi atribuir aos seres humanos o papel de ambiente da sociedade em vez de considerá-los elementos integrantes do corpo social, como tradicionalmente prega a sociologia. O autor transfere a diferenciação “sujeito-objeto” para uma distinção entre sistema e ambiente⁸⁶, e isto, longe de implicar numa desvalorização do homem, denota apenas que não é a simples união de sujeitos que tem o condão de criar a sociedade, mas a sua interação por meio da comunicação. Neste sentido:

[...] dizer que os homens são o ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens a seu bel prazer. Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o

⁸² MARTINELLI, Dante Pinheiro (Org.). et al. **Teoria geral dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2.

⁸³ Ibidem, p. 5.

⁸⁴ BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Op. cit., p. 190.

⁸⁵ MARTINELLI, Dante Pinheiro (Org.). et al. Op. cit., p. 7.

⁸⁶ Assim como o homem deixa de ser visto como o “sujeito da ação” no campo da sociologia, a sociedade deixa de ser meramente objeto de pesquisa sociológica e transforma-se em condição de possibilidade para a própria cognição social.

sistema não pode determinar o ambiente (do mesmo modo que a sociedade também é mais complexa do que os sistemas psíquicos e nunca é inteiramente determinada ou compreendida pelos indivíduos)⁸⁷.

Para Luhmann, a sociedade é a “sociedade mundial”, que se forma modernamente (*i. e.*, após a conclusão do processo de positivação do direito) e seus elementos integrativos, como já se disse, não são os seres humanos, mas, sim, a comunicação entre eles, que circula pelos diversos subsistemas funcionais. Deste modo, a sociedade moderna constitui-se num grande sistema social caracterizado pelo “alto grau de complexidade” (eis que o mundo se tornou imprevisível, repleto de possibilidades, segundo o próprio autor) e pela “diferenciação funcional de seus subsistemas” (família, empresas, economia, política, ciência, direito, arte, religião etc.).

A complexidade implica no amplo horizonte de possibilidades de experiências ou ações que surgem no campo da interação humana, excedendo o limitado potencial humano em termos de percepção, assimilação de informações e ação consciente, isto é, existem sempre mais possibilidades do que se possa imaginar ou realizar. Além disto, cada experiência concreta apresenta um conteúdo que remete a outras possibilidades, as quais podem ser diferentes das esperadas, gerando o risco de desapontamentos causados pela frustração das expectativas. Diz-se, então, que as possibilidades são, ao mesmo tempo, “complexas e contingentes”⁸⁸. A este respeito, é importante frisar:

Complexidade e contingência são palavras de grande valor epistemológico na teoria luhmanniana: a primeira refere-se à realidade das ações. Dito de outra forma, diversidade de alternativas. Não se pode prevêê-las e nem controlá-las; enquanto, na segunda, o futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento. Se, atualmente, temos “sim” como decisão, poderíamos ter o “não”⁸⁹.

A sociedade, enquanto sistema social, é constituída por diversos sistemas parciais, que desempenham funções específicas e são altamente diferenciados, seja em razão da comunicação própria ou em virtude de sua estrutura: “Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade ‘orgânica’ que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes.”⁹⁰ A

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 68-69.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 44-46.

⁸⁹ LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 4, n. 4, p.1-20, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/4/showToc>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p. 6.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 26. É importante salientar que a teoria sistêmica se volta para a observação das relações estabelecidas entre as partes constitutivas de um todo orgânico interdependente, e não meramente à análise e classificação das partes isoladamente.

diferenciação sistêmica-funcional depende do grau de complexidade apresentado pelo sistema social, numa relação diretamente proporcional:

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos⁹¹.

Neste sentido é que Luhmann afirma que a crescente complexidade da sociedade é o “motor da evolução”. A atribuição de significado ao termo “evolução” requer cautela, eis que o autor não se utiliza de conceitos próprios do evolucionismo biológico, tais como o dogma da seleção natural e da sobrevivência do mais apto, para construir sua teoria da sociedade. Para ele, a evolução social não decorre de fatores ambientais ou genéticos, nem é determinada pela consciência do indivíduo ou de grupos humanos, que, antes, lhes condicionam o agir, mas não a evolução.

Luhmann também nega qualquer concepção progressista ou teleológica da evolução – esta não se confunde a ideia de aperfeiçoamento da sociedade, nem se configura como um processo de “passagem para uma vida melhor” ou “um maior grau de felicidade”. Enfim, a evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor, não sendo algo, a princípio, planejado. Neste aspecto, afirma Neves que:

[...] a teoria sistêmica rejeita a noção ontológica do processo histórico como uma unidade na qual se desenvolve o ‘espírito’ até alcançar a sua forma final ‘absoluta’ (Hegel), ou como uma unidade em que se sucedem estádios de desenvolvimento social no sentido de superação de formas materialmente determinadas de dominação e do advento de uma sociedade de plena liberdade (Marx)⁹².

Então, o que seria evolução para Luhmann? Na visão do autor, o conceito implica na “transformação do improvável em provável”, dando ênfase ao acaso (*i.e.* quando a conexão entre sistema e ambiente escapa ao controle, trazendo para dentro do sistema uma alternativa imprevisível). Aqui, não há qualquer interpretação para o futuro, restringindo-se a análise ao tempo presente, ou seja, seu intuito é simplesmente observar a sociedade e descrever o seu funcionamento. A evolução se daria por meio dos seguintes mecanismos: variação, seleção e reestabilização.

Quando a comunicação – unidade elementar da sociedade⁹³ – desvia-se do modelo estrutural de reprodução social, introduzindo no sistema algo inesperado e surpreendente,

⁹¹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 16.

⁹² Ibidem, p. 5.

⁹³ Para Luhmann, a sociedade é composta pelo conjunto de comunicações: “*La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoiéticamente mediante el entrelazamiento recursivo de*

manifesta-se a “variação”, que passa a representar a reprodução desviante dos elementos através dos próprios elementos do sistema, conforme veremos adiante.

Isso pode levar a uma “seleção” negativa, que rejeite o desvio, ou positiva, que o endosse por meio da construção de estruturas idôneas que permitam a continuidade da reprodução do novo elemento, atuando como diretivas de comunicações posteriores.

Por fim, a inserção destas novas estruturas num complexo já existente requer uma compatibilização, isto é, as estruturas pré-existentes devem se rearticular a fim de se adequarem às novas expectativas, possibilitando a continuidade dinâmica da sociedade – de modo que, assim, teremos a “reestabilização”.

Segundo Luhmann, a evolução do direito está diretamente relacionada à evolução da sociedade: “Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja, são por ela incentivadas e possibilitadas.”⁹⁴. Assim, juntamente com a crescente complexidade que envolve as circunstâncias sociais, modifica-se também a forma do direito.

Aplicando-se o raciocínio acima, podemos imaginar, por exemplo, que a evolução, no âmbito do direito, implique num comportamento social não previsto nas estruturas normativas pré-existentes (o que corresponderia à variação), podendo este ser rejeitado ou aceito (seleção). Caso seja aceito, sobretudo em razão da consolidação de novas estruturas que permitam a continuidade da reprodução daquela inovação, a conduta desviante poderá vir a transformar-se em norma jurídica vigente no modelo estrutural do direito, acarretando, com isso, a estabilização sistêmica (logo, o não-direito passa a ser direito).

Evolução, portanto, é simplesmente o acréscimo da complexidade do ambiente e, também, da complexidade interna ao sistema, características típicas das sociedades modernas, em que as transformações são intensas e constantes. Neste sentido, pode-se afirmar que a evolução implicaria numa multiplicação do número de alternativas de escolha e possibilidades de ação⁹⁵.

Salienta-se que o objetivo da teoria sistêmica luhmanniana é justamente reduzir a altíssima complexidade social por meio das operações seletivas de cada subsistema, evitando-se, com isso, o bloqueio da dinâmica social por supersaturação. As operações de seleção, diante

las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas.” (LIMA, Fernando Rister Sousa. Op. cit., p. 3).

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 225.

⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 89.

das diversas relações possíveis entre os elementos de um sistema (e que são denominadas “operações de redução de complexidade”), permitem paradoxalmente a contínua reprodução da complexidade interna do referido sistema, uma vez que se dispõe de mais possibilidades para uma escolha sensata. Logo, redução e manutenção de complexidade não seriam termos contraditórios e garantiriam, pois, a compatibilidade e adequação do sistema com o ambiente⁹⁶.

Tomaremos, agora, o exemplo do sistema político para ilustrar o que foi dito acima: a democracia com todo seu aparato (periodicidade das eleições, garantia dos direitos das minorias, reversibilidade das decisões, alternância no poder etc.) gera um processo de contínua circulação das possibilidades de escolha, pois a cada decisão correspondem novas alternativas e demandas por outras decisões. Quanto maior o número de opções (ou mais ampla a democratização do sistema político), maior também a quantidade de propostas discriminadas no momento da decisão. Aplica-se, aqui também, o processo de variação, seleção e estabilização do sistema, que objetiva a redução de sua complexidade interna e, concomitantemente, a continuidade desta complexidade.

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre a teoria da comunicação na visão luhmanniana. A “comunicação” é considerada a estrutura básica da sociedade, sendo circular a relação estabelecida entre elas: não existe comunicação sem sociedade, assim como não existe sociedade sem comunicação⁹⁷. Relembrando que, para a teoria sistêmica, o elemento que constitui o sistema social não é o indivíduo, mas as comunicações entre os sistemas e seus elementos. Neste sentido, adverte Luhmann:

Para a antiga tradição europeia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. Era exatamente por consistir de homens que ela apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral. Os desenvolvimentos mais recentes da teoria sociológica de sistemas forçam o rompimento com tais concepções. **O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto.** O homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticos às das sociedades enquanto sistema social⁹⁸. (Grifo nosso)

Ademais, a comunicação pode ser entendida como a operação responsável pela reprodução de um elemento do sistema social a partir de outros elementos que o compõem, ou seja, os sistemas sociais utilizam a comunicação como ato de autorreprodução, o que é

⁹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 72.

⁹⁷ BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Op. cit., p. 193.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 169.

denominado *autopoiese*⁹⁹. Isto significa que um sistema depende de seus próprios atos para se reproduzir; seus elementos e suas estruturas constroem-se e transformam-se mediante operações internas, que se utilizam da comunicação inerente ao sistema. São, portanto, considerados “sistemas autorreferenciais”.

Cabe, aqui, uma distinção entre a teoria biológica da *autopoiese* e a sistêmica de Luhmann: enquanto, naquela, há uma concepção radical de fechamento, pois exige um observador fora do sistema para a produção das relações entre sistema e ambiente; na teoria dos sistemas sociais, a auto-observação é um imperativo para a reprodução autopoietica, eis que não é possível observar a sociedade de um ponto externo a ela, pois não existe tal lugar¹⁰⁰! Quanto a isto, pode-se afirmar que:

A *autopoiese* do Direito não é um dado bruto ou um processo em terceira pessoa, no qual essa pessoa tem um lugar factual e o Direito é o objeto. Um sistema não pode se tornar autopoietico exceto se for capaz de organizar, por si mesmo, sua autorreferência, ou seja, de se observar de maneira autorreferencial. A *autopoiese* pressupõe uma certa medida de auto-observação, um relato em si, que não vive no imediatismo do relato de primeira observação, mas se constrói como uma operação de segundo grau pela qual a primeira operação (no caso específico, um ato jurídico) é observado. [...] Esse reconhecimento toma forma de uma dogmática jurídica. Essa dogmática é o órgão da observação do sistema jurídico, no quadro de sua própria referência¹⁰¹.

Portanto, nos sistemas sociais, haveria uma combinação de “fechamento operacional” com “abertura cognitiva” às referências do ambiente e aos programas de mudança do sistema, interrompendo a circularidade da *autopoiese* e caracterizando, assim, a capacidade de ressonância do sistema¹⁰². Dito de outra forma: um subsistema é aberto em termos cognitivos, pois mantém relações de interdependência com outros subsistemas, sendo sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente, mas só consegue processá-las nos limites de sua própria estrutura e operações, o que implica no seu fechamento operativo.

⁹⁹ Deriva etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). O termo foi cunhado na década de 1970 por Humberto Maturana e Francisco Varela, para designar a capacidade de autorreprodução dos seres vivos, rompendo a tradição darwiniana de que a continuidade e a evolução das espécies estariam condicionadas a fatores ambientais. Segundo esta teoria, cada ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos) em que as moléculas produzidas geram com suas interações e transformações a mesma rede de moléculas que as produziu.

¹⁰⁰ A proposta de mudança no foco epistemológico feita por Luhmann propiciou uma melhor observação do meio e de suas características, uma vez que, antes, o processo de observação científica de um dado objeto pressupunha a análise estrutural de todos os seus elementos constitutivos de forma isolada. “Já a proposta da teoria autopoietica, diferentemente da postura analítica, parte da observação de determinado objeto pela interação de seus elementos, possibilitando, assim, a construção de um arcabouço científico embasado nas relações entre os elementos e as funções exercidas no todo comunicativo dos sistemas.” (TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81).

¹⁰¹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123-124.

¹⁰² CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 75.

Por exemplo, o direito, considerado um subsistema social, está aberto às demandas do ambiente externo (advindas do sistema político, do econômico etc.) e, em razão da proibição de denegação da justiça (*i.e.* de o juiz pronunciar o *non liquet*), deve produzir norma jurídica individual e concreta mesmo para aqueles casos em que não há previsão legal no ordenamento. O fechamento operacional força a operatividade interna do sistema, permitindo sua autorreprodução por meio de seus próprios elementos. Vejamos:

A indeclinabilidade da jurisdição é, simultaneamente, condição de fechamento operativo e de abertura cognitiva do sistema. É por estar obrigado a decidir fundamentalmente – note-se o duplo grau de reflexividade: obrigação legal de decidir conforme a lei – que o sistema se reproduz por seus próprios elementos. Nisso reside o caráter operativamente fechado do sistema jurídico. E, da mesma forma, é por operar com base nessa redução de referências estruturais que se criam condições, no interior do sistema, de processamento das demandas do ambiente externo: a abertura cognitiva¹⁰³.

Retomando nossa reflexão, vimos que a sociedade moderna, enquanto sistema social mais abrangente, é composta por diversos sistemas parciais e especializados, constituídos sobre a base de uma conexão de comunicações. Cada um destes sistemas caracteriza-se pela distinção com o ambiente (*i.e.*, os indivíduos e as relações sociais) e, também, por seu código exclusivo, num esquema binário¹⁰⁴, por programas específicos e pelas operações particulares de reprodução de seus elementos internos (o que denota o fechamento operacional¹⁰⁵, essencial à unidade do sistema).

O “código de preferência” é sempre uma estrutura interna do sistema social, que permite identificar se uma comunicação pertence àquele determinado subsistema e, ao mesmo tempo, a distingue das comunicações exteriores. Por exemplo, o código binário principal do sistema jurídico é direito/não-direito (ou algo é conforme o direito, ou é contrário a ele); enquanto o código binário do sistema político é governo/oposição, impossível ser os dois simultaneamente. Contudo, não é tarefa do código incluir valores no sistema.

Por meio do código sistêmico próprio, aliado a programas específicos, as unidades elementares do sistema são constituídas e reproduzidas, combinando referências internas e externas. São considerados “programas” inerentes ao sistema jurídico: a Constituição, as leis,

¹⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 81.

¹⁰⁴ O esquema binário trabalha com distinções rígidas e com a exclusão de terceiras possibilidades, isto é, reduz as possibilidades a duas opções excludentes.

¹⁰⁵ Dizer que um sistema é operacionalmente fechado não implica no seu isolamento em relação ao ambiente, mas, sim, na existência de operações internas que permitem ou interrompem a autorreprodução dos elementos do sistema. Trata-se, pois, da autonomia do sistema, segundo a qual a organização do sistema decorre de sua própria organização, da interação de seus elementos. Nas palavras de Luhmann, “*Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo.*” (LIMA, Fernando Rister Sousa. Op. cit., p. 12).

os decretos, a jurisprudência, os negócios jurídicos, os atos administrativos etc.; e ao sistema político, os procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos, as propostas de governo entre outros. Cabe aos programas de cada sistema regular a alocação dos valores de acordo com os códigos.

É importante ressaltar que cada operação de um sistema social (*i.e.*, cada comunicação) delimita as fronteiras do próprio sistema, que é incapaz de transcendê-las, e, ao mesmo tempo, confere-lhe unidade, distinguindo-o do ambiente e de outros sistemas. “A fronteira do sistema nada mais é que o tipo de concreção de suas operações, o que individualiza o sistema. É a forma do sistema cujo outro lado se torna o ambiente.”¹⁰⁶

Do exposto, conclui-se que a sociedade moderna é composta por vários subsistemas autônomos¹⁰⁷, porém interligados, uma vez que operam de forma fechada em seu interior, o que permite sua estabilidade, e ao mesmo tempo, são abertos às entradas e pressões do entorno com o qual se comunicam. Cada um possui códigos e programas particulares, reproduzem-se por meio de suas próprias operações e estão sujeitos aos mesmos critérios de fechamento operacional e abertura cognitiva que recaem sobre o sistema social global.

Sendo assim, acredita-se que a noção de sistema autorreferencial será útil para compreender as peculiaridades destes dois importantes subsistemas – o direito e a política –, bem como o entrelaçamento entre eles, permitindo, assim, o exercício de uma função política pelo Poder Judiciário, sem que, com isso, haja qualquer corrupção de seu código ou programas. Corroborando nosso entendimento, Campilongo afirma, quanto à teoria social-sistêmica, que:

Serve para explicar como, a partir dessa autonomia do sistema jurídico em relação ao ambiente, o Judiciário encontra condições específicas para ver, reagir e reelaborar, a partir de seu código linguístico (esquematismo binário: direito/não-direito, legal/ilegal, permitido/proibido, certo/errado segundo a lei), o material e as irritações provenientes do ambiente. Dito de outro modo: exatamente por atuar num quadrante “neutro” e legal – ou apolítico – o Judiciário pode assumir uma paradoxal função política¹⁰⁸.

Assim, a autonomia do sistema jurídico permite que ele processe as irritações decorrentes do ambiente por meio de seu próprio código linguístico, permanecendo fora da esfera política, mas, ao mesmo tempo, a abertura cognitiva às referências do ambiente possibilita a ressonância de elementos estranhos ao sistema em seu interior. Todavia, frisamos

¹⁰⁶ BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Op. cit., p. 190.

¹⁰⁷ Considera-se autônomo o sistema autopoietico pelo fato de ser determinado não por qualquer componente do ambiente, mas por sua própria organização, decorrente das relações entre os seus elementos. Neste aspecto, “O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser ‘fechado’ diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (*inputs*) e nem saídas (*outputs*) para o ambiente, uma vez que os elementos interagem no e por meio dele.” (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157).

¹⁰⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 68.

que não se trata de *inputs* (ou entradas) e, sim, de uma forma peculiar de processar tais interferências por meio de operações e procedimentos já estabelecidos.

2.2 SISTEMA JURÍDICO E SISTEMA POLÍTICO: DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E INTERFERÊNCIA RECÍPROCA

O surgimento do Estado moderno e a positivação do direito mudaram substancialmente a relação entre ordem jurídica e poder político¹⁰⁹.

Nas sociedades pré-modernas (ainda não diferenciadas funcionalmente, de acordo com a concepção de Luhmann), o direito era anterior ao domínio político, que deveria conservá-lo ou, em caso de violação, restabelecê-lo, mas jamais mudá-lo ou revogá-lo, pois a validade e o conteúdo das normas jurídicas não dependiam de decisão política, mas se baseavam na força da tradição ou na instituição divina. Contudo, as transformações sociais se aceleravam e tornavam-se um problema para a ordem jurídica vigente e estática, que não tinha soluções à disposição, gerando uma crise de legitimação.

Por volta do século XVIII, os Estados começaram a empreender a codificação do direito a fim de instituí-lo como instrumento para fins políticos. Com isso, inverteu-se a antiga relação de hierarquia, de modo que a política passou a se situar acima do direito e lhe conferir conteúdo e validade. No entanto, o direito estabelecido politicamente não trazia nenhuma garantia de justiça (natural ou divina) em si – o que punha em xeque, mais uma vez, a sua legitimidade. Por conseguinte, à positivação do direito logo sucedeu a tentativa de se vincular novamente a legislação a princípios superiores¹¹⁰.

Merece destaque, neste contexto, a “positivação”, fenômeno característico da sociedade industrial moderna, do século XIX, que delineou a atual configuração do direito. A partir do momento em que a legislação deixa de ser simplesmente um registro ou compilação do direito vigente e passa a servir de fundamento de validade jurídica às decisões estatais, é que se pode falar em positividade do direito.

A escrita permitiu não apenas a difusão e a sistematização de normas e princípios jurídicos preestabelecidos, a fim de facilitar-lhes a aplicação, como também se tornou condição

¹⁰⁹ Cf. GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3: “Em sua forma atual, a relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito. Por positivação entenda-se o processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional ou transcendente para validade decisionista.”

¹¹⁰ Ibidem, p. 6-8.

da própria vigência do direito¹¹¹. Ademais, com a positivação, a modificação do direito torna-se imanente ao próprio sistema jurídico e somente condições legalmente fixadas na legislação podem fundamentar objeções contra a vigência e a validade das leis¹¹².

Atualmente, nas sociedades modernas que se consolidaram após a Segunda Guerra Mundial, em especial, naquelas em que vigora o Estado democrático de direito (balizado pela limitação do poder estatal e pela garantia de direitos fundamentais), a evolução e o processo de diferenciação dos sistemas sociais tornam nítidas as diferenças entre sistema jurídico e sistema político, conforme se verá a seguir.

Enquanto a produção legislativa do direito é uma “decisão programante”, operacionalizada no âmbito político, num contexto de complexidade e contingência elevadas, a decisão judicial é uma “decisão programada”, que atua num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação do direito – isto significa que o espaço de inclusão de atores no debate judicial é bem mais limitado do que o do conflito político, que permite uma inclusão generalizada do público¹¹³. Logo, as decisões políticas operam com um grande número de possibilidades de escolhas à medida que as decisões jurídicas trabalham com um número já reduzido de opções.

Outra diferença em relação ao processo decisório de ambos é que o legislador e o administrador podem escolher sobre o que decidir, eis que controlam sua agenda decisória, ao passo que o juiz, além de não ter controle algum sobre as causas que têm acesso ao Judiciário, deve sempre decidir sobre todas as causas que lhe são apresentadas.

Além disto, os critérios de justificação das decisões são completamente distintos: o legislador presta contas ao eleitorado e, por isso, seus parâmetros são culturais e levam em consideração a opinião pública; já o juiz encontra fundamento para suas decisões no ordenamento jurídico e suas decisões não devem refletir convicções puramente pessoais ou morais, mas critérios legais¹¹⁴.

Podemos apontar, ainda, a seguinte diferença: o escopo de atuação mais amplo do legislador e do administrador, que tomam decisões globais, passíveis de correções e ajustes posteriores, podendo, assim, modificar por completo seus programas de governo ou, simplesmente, interrompê-los caso isto se mostre necessário. A magistratura, por sua vez, tem objetivos mais limitados e atua de forma fragmentária, ou seja, nos limites da lide proposta

¹¹¹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 24.

¹¹² LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 35.

¹¹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 103.

¹¹⁴ Ibidem, p. 104.

pelas partes – suas decisões são isoladas, pois atingem indivíduos específicos ou classes de pessoas, e não há controle sobre o impacto que causam¹¹⁵.

Na política, prevalece o “domínio da vontade”, pois vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, enquanto no direito predomina o “domínio da razão”, em virtude do primado da lei e do respeito aos direitos fundamentais¹¹⁶. O espaço público é, pois, o *locus* para o debate das questões que impactam a sociedade como um todo e, por isso, exigem sua participação, ao menos pela via indireta da representação democrática.

Se o acesso ao Legislativo e ao Executivo se dá por meio do voto popular, no Judiciário, os juízes ingressam na carreira, em regra, no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público, sendo que o acesso aos Tribunais ocorre por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio Tribunal¹¹⁷.

Por fim, pode-se afirmar que a função precípua da política é a tomada de decisões coletivamente vinculantes através do uso do poder, à medida que a do direito é possibilitar a generalização das expectativas normativas, independente de eventual violação.

Apesar da autonomia operacional e da diferenciação de funções dos sistemas jurídico e político, o nexos entre eles é facilmente identificado pela influência recíproca que exercem: os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por meio de um poder político organizado que toma decisões coletivamente vinculantes e, sob outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica da qual se revestem, bem como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente, sobretudo à Constituição. Trata-se, pois, de uma “relação circular e interdependente”:

[...] assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa, sobretudo, uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa¹¹⁸.

Isto significa que o direito não obtém seu sentido normativo *per se*, através de sua forma ou de um conteúdo moral apriorístico, mas por meio de um procedimento que o legitima.

¹¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 105.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012, p. 15.

¹¹⁷ Nas Cortes Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar, a indicação de seus ministros é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, nos termos dos artigos 101, 104, 111-A e 123, todos da Constituição Federal de 1988. Já os ministros do Tribunal Superior Eleitoral são escolhidos entre os ministros do STF e do STJ, bem como por nomeação do Presidente da República, após indicação pela Corte Suprema, consoante artigo 119 da CF.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 92.

De outro lado, a função instrumental do direito possibilita uma forma organizada do exercício do poder político, capaz de realizar fins coletivos por meio de decisões obrigatórias. É a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contida *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. **O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais**¹¹⁹. (Grifamos)

Segundo Habermas, o direito, ao emprestar forma jurídica à organização política, serve à constituição de um código de poder binário (superior/inferior) e, inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário (direito/não-direito)¹²⁰. O entrelaçamento entre os dois códigos – político e jurídico – ocorre por meio do estabelecimento de funções recíprocas, ao lado das funções próprias de cada sistema (estabilização de expectativas de comportamento, no caso do direito, e realização de fins coletivos, em se tratando da política).

Com a institucionalização do direito por parte do Estado, a função recíproca do poder político em relação ao direito passou a ser o desenvolvimento de “segurança jurídica”, que permite aos destinatários das normas calcularem as consequências do comportamento próprio e alheio; ao passo que a contribuição do direito para a política revelou-se pelo estabelecimento dos “meios de organização da dominação política”, ou seja, através das regras de competência ou daquelas que criam instituições políticas.

Luhmann vai além desta concepção e afirma que a autonomização do sistema político só se torna viável quando o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do sistema político, isto é, ao lado da distinção primária poder/não-poder, o esquema binário lícito/ilícito passaria a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código do poder¹²¹. Isto implica dizer que, no Estado democrático de direito, todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao controle jurídico e, inversamente, o direito positivo não pode prescindir da legislação deliberada politicamente – o que denota, nitidamente, a relação sinalagmática entre esses sistemas.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 171.

¹²⁰ Ibidem, p. 182-183.

¹²¹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 89.

No entanto, não é suficiente que a diferença entre lícito e ilícito atue como segundo código da política, pois a capacidade operativa do sistema depende não apenas dos códigos, mas também de seus programas específicos. É por isso que o procedimento jurisdicional, em sua atividade de controle do poder político, deve se orientar de acordo com programas finalísticos de índole jurídico-constitucional; por seu turno, o poder político, na elaboração e operacionalização de seus programas finalísticos, fica vinculado aos programas de natureza normativo-jurídica¹²². Em outras palavras, os dois sistemas atuam de forma intimamente ligada à legislação estatal e derivam seus princípios da mesma fonte normativa: a Constituição.

Por fim, merece nota um aspecto relacionado à dinâmica de funcionamento entre “centro” e “periferia” no interior do sistema jurídico e do político, para compreendermos a própria dinâmica entre estes dois sistemas.

O sistema político possui um centro organizacional, representado pelo Estado, mais especificamente, pelos Poderes Legislativo e Executivo, onde são tomadas as decisões coletivamente vinculantes, e uma periferia altamente complexa, composta por várias organizações políticas, responsáveis pela preparação e encaminhamento das decisões. O grau de complexidade na periferia é mais elevado do que no centro, pois suas pretensões são sempre superiores ao âmbito de possibilidades internas de governo¹²³.

No sistema jurídico, o centro é representado pelas instituições judiciais (Poder Judiciário) e pelos atores do Direito (juízes, promotores, defensores, procuradores, delegados, advogados, professores, servidores da Justiça), e a periferia, pelas inúmeras estratégias de criação privada do direito (contratos, por exemplo) e pelos mecanismos que filtram as questões jurídicas, evitando que sejam processadas pelo Judiciário (como é o caso dos Centros Judiciários Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs ou Centros de Arbitragem e Mediação).

Sob a perspectiva luhmanniana, todo e qualquer tipo de comunicação voltada à diferença entre direito/não-direito integra o sistema jurídico e como, na maioria das vezes, a comunicação acerca do direito ocorre fora do seu centro, a periferia do sistema jurídico opera num grau de complexidade mais elevado do que o daquele¹²⁴.

Nos dois sistemas, o grau de complexidade na periferia, levando-se em consideração a quantidade de interações entre os seus elementos, é sempre superior ao do centro. Este, por sua vez, detém destaque no âmbito operacional por ser o *locus* em que são

¹²² NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 94.

¹²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 74.

¹²⁴ Ibidem, p. 82-84.

tomadas as principais decisões de uma sociedade organizada e aquelas em caráter vinculante. Sendo assim, podemos afirmar que, no entendimento de Luhmann, centro e periferia são igualmente relevantes para o processo de *autopoiese*, não havendo entre eles qualquer hierarquia.

2.3 CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Inicialmente, a sociologia sistêmica desenvolveu o conceito de “dupla interdependência” para representar as ligações entre os sistemas político e jurídico: ao primeiro caberia apresentar premissas às decisões judiciais, a fim de limitar a liberdade do juiz (sob a ótica da política) e, ao mesmo tempo, facilitar as decisões (sob o ponto de vista do direito), e ao segundo competiria oferecer premissas para o emprego da força física, como uma fórmula de controle da força (na perspectiva do direito) e, simultaneamente, de legitimação do recurso à violência (na ótica da política). Assim, interromper-se-ia o circuito da força para o sistema político e o circuito do arbítrio para o sistema jurídico¹²⁵.

No entanto, é necessário esclarecer que a expressão “dupla interdependência” não se refere apenas a uma dependência recíproca entre o jurídico e o político, mas sim a duas interdependências, que ocorrem em “dois níveis distintos”, a saber:

Primeiramente, no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fixados pelo sistema político. Noutro nível, isto é, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implementadas em termos de uso da força física. Essas relações variam ao longo do tempo (dependem da história), da matéria (dependem do ambiente) e da perspectiva do observador. Tudo isso ocorre de maneira a fazer com que as interdependências sejam sempre assimétricas, nos dois níveis [...]¹²⁶.

Destarte, em vez de “dupla interdependência”, que poderia gerar equívocos, o “acoplamento estrutural” proposto por Luhmann serviu melhor ao propósito de explicar as ligações simultâneas e assimétrica entre os sistemas, pois cada um “possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas”¹²⁷.

¹²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 93-94.

¹²⁶ Ibidem, loc. cit.

¹²⁷ Ibidem, p. 95. Interessante exemplo sobre o acoplamento estrutural entre sistemas é dada por André Trindade, ao afirmar que o ser humano, em termos orgânicos, é um sistema que possui diversos outros subsistemas, como o respiratório, o circulatório, o nervoso, sendo este último responsável por realizar o acoplamento com os demais

Isto significa que o ambiente político não determina as estruturas ou as operações do sistema jurídico, nem o inverso é verdadeiro, mas que um sistema pode ser “irritado”, a partir de suas próprias estruturas, pelo outro. Não se trata, portanto, de trocas de informações ou de *input/output* de um sistema ao outro, mas da capacidade do sistema reagir e processar estímulos externos em conformidade com seu código próprio e seus programas de operação.

Como exemplo deste acoplamento estrutural que permite trocas comunicativas entre os diversos sistemas, pode-se citar a Constituição. No entanto, é oportuno ressaltar que o termo “Constituição” empregado por Luhmann não se refere a um conceito normativo-jurídico (tal como desenvolvido por Kelsen), fáctico-social (de Lassale, Weber e Engels) ou culturalista (de Heller), tampouco é concebida como ordem total da comunidade no sentido clássico de *politeia* (de Aristóteles) – a Constituição deve ser compreendida como uma “aquisição evolutiva” da sociedade moderna, que envolve um “uso linguístico inovador” vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea, cuja função seria a de criar uma “limitação jurídica ao governo”¹²⁸.

A Constituição, nesta acepção, apresenta-se como um mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os sistemas jurídicos e político, isto é, ela limita e facilita, concomitantemente, a influência recíproca. O acoplamento entre os dois sistemas não é apenas operativo (como um vínculo momentâneo entre as operações do sistema e do ambiente), mas é, antes, estrutural, o que importa numa atuação duradoura no plano das próprias estruturas do sistema¹²⁹.

O acoplamento estrutural só é possível em razão da autonomia operacional de cada sistema a qual, por seu turno, é resultado da própria existência deste acoplamento. Como os sistemas são autorreferenciais, a Constituição é recebida por cada um como um mecanismo interno de controle de sua autorreprodução e de filtragem seletiva das influências do ambiente (fechamento e abertura cognitiva, respectivamente). Deste modo, impede que critérios externos de natureza diversa dos elementos de um sistema tenham validade imediata em seu interior. Neste sentido é que:

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico de Estado de Direito¹³⁰.

sistemas do organismo, bem como o acoplamento com os demais sistemas nervosos dos indivíduos da sociedade, por meio da linguagem. (TRINDADE, André Fernando dos Reis. Op. cit., 2008, p. 79).

¹²⁸ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 95-96.

¹²⁹ Ibidem, p. 97.

¹³⁰ Ibidem, p. 98.

A clausura do sistema faz com que somente os elementos filtrados pelo código binário possam fazer parte dele. “Essa seleção é feita por uma espécie de membrana que classifica quais conteúdos são, conforme as características intrínsecas do sistema, pertencentes a esse mesmo sistema.”¹³¹ Adverte-se, porém, que a autonomia quanto ao meio não implica na independência em relação a ele, pois a autonomia apenas delimita quais elementos do meio farão parte de um sistema específico, ao passo que a interdependência entre meio e sistema (e entre eles próprios) é condição de existência do sistema.

É importante salientar, também, a horizontalidade do processo, denotando que não há subordinação entre a ordem jurídica e o poder político, mas uma relação de coordenação, mediada pela Constituição. É deste modo que o reingresso (*re-entry*) da Constituição no interior do sistema político viabiliza a inserção do código lícito/ílicito como segundo código da política, a ser observado, por exemplo, na institucionalização do procedimento eleitoral democrático, com a consequente formação pluripartidária do Parlamento, evitando-se, com isso, a imposição imediata de interesses particulares no âmbito da política.

No entanto, adverte Luhmann:

Isso não significa que os interesses de grupos e as pressões extrapolíticas (econômicas e relacionais, por exemplo) não condicionem a tomada de decisões coletivamente vinculantes, mas sim que passam por uma filtragem seletiva que conduz a uma comutação do seu sentido, de “particulares” em “gerais”, de extrapolíticas em políticas¹³².

Sob a perspectiva do sistema jurídico, a Constituição, ao institucionalizar a divisão do poder e os direitos fundamentais, assegura a diferenciação entre direito e política, mas, simultaneamente, permite que os procedimentos de decisão política sejam conduzidos pela via do direito e, vice-versa, vincula os procedimentos jurídicos a processos de decisão política, por força do princípio da legalidade. Assim sendo, a Constituição possibilita a limitação do poder e impede a sobreposição do código poder/não-poder sobre os demais (ou a prevalência dos critérios políticos em todas as esferas de comunicação).

¹³¹ TRINDADE, André Fernando dos Reis. Op. cit., 2008, p. 82.

¹³² NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 104.

3 CIDADANIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA: JOHN RAWLS E O LIBERALISMO POLÍTICO

A democracia, ao longo do século XX, tem sido o regime político por excelência dos Estados modernos, ainda que organizados sob as mais diversas variantes metodológicas¹³³, evitando-se, com isso, a adjetivação de despotismo para qualquer deles. Nem mesmo a Alemanha nazista de Adolf Hitler ou a União Soviética de Joseph Stalin consideravam-se regimes despóticos. Sob o sofisma da qualificação do grau e do método formal de exercício da representatividade¹³⁴, o primeiro forjou a expressão “democracia nacional” e o segundo, a “democracia popular” para camuflarem o totalitarismo de seus governos, embora nem sempre tal conotação política fosse reconhecida pela comunidade internacional.

O liberalismo, por sua vez, é a expressão do Estado de direito, no qual se impõem limites aos poderes e às funções do Estado, assegurando-se a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau hierárquico às leis gerais do país, com o fito de defender o cidadão dos abusos do poder. O pressuposto filosófico da doutrina liberal é justamente a existência de direitos naturais e invioláveis do ser humano, dentre eles a liberdade – o que nos conduz a um outro importante pilar: o contratualismo, com sua visão de que a sociedade é resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionaram estabelecer os vínculos necessários a uma convivência pacífica e duradoura.

As discussões travadas sobre as relações entre democracia, entendida como o regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder (ou, mais vulgarmente, o “governo do povo”), e liberalismo, cujo âmago reside na defesa da autonomia da pessoa e nas possibilidades de expansão da personalidade individual,

¹³³ Reis Friede assinala que “[...] durante os últimos 100 anos, vimos florescer os mais diversos tipos de **Estado** (com formas unitárias (centralizadas e descentralizadas), federais e confederais); com os mais diferentes **sistemas de governo** (monarquia constitucional e república) e **regimes de governo** (presidencialismo (ou monarquia pura) e parlamentarismo); com distintos **sistemas econômicos** (socialismo tradicional, socialismo liberalizante, capitalismo social, capitalismo liberal e capitalismo nacional); com regimes e **ideologias** próprias (comunismo, democracia liberal e nacionalismo) e **ideologias** particulares (revolucionário-radical, liberal-conservadora e reacionária), todos, no entanto, sem qualquer exceção, com um **regime político (constitucional) democrático** que apenas variava no que tange, pelo menos em tese, ao **grau** e ao **método formal** (essência) da **representatividade**.” (Grifos no original). FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 229.

¹³⁴ Ainda que, contemporaneamente, nenhum Estado, sob a égide dos diversos regimes constitucionais, assuma a adoção de um regime político que não seja rotulado como democrático, admite-se, como categoria classificatória da Teoria Geral do Estado, a dualidade entre a existência da representatividade (regime político democrático) e a sua ausência (regime político ditatorial). Assim, os regimes políticos traduzem o método formal (no sentido da essência) e o grau de representatividade entre o titular do poder (o povo) e seus mandatários (agentes dos diversos poderes estatais constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário), dividindo-se em **democracia**, **autoritarismo** (considerado por muitos como uma democracia relativa e por outros, uma ditadura semitotalitária) e **totalitarismo** (ora tido como sinônimo de despotismo e ditadura, ora não). *Ibidem*, *passim*.

assemelham-se muito ao problema das relações entre liberdade e igualdade, anteriormente vistos.

Bobbio chega a afirmar que “uma sociedade liberal-liberista¹³⁵ é inevitavelmente não-igualitária, assim como uma sociedade igualitária é inevitavelmente não-liberal.”¹³⁶ No entanto, o próprio autor ressalva que existem boas razões para crer que, hoje, o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal, bem como que a salvaguarda desses direitos seja necessária ao correto funcionamento de uma democracia¹³⁷.

Deste modo, é oportuno examinar o entrelaçamento entre os ideais do liberalismo político (e não do econômico) e a fórmula política da democracia calcada na soberania popular, buscando demonstrar que a contraposição entre eles é, na verdade, uma falácia. Ainda que, inicialmente, puderam se formar Estados liberais que não fossem democráticos (como, por ex., naqueles em que o sufrágio não era universal), hoje em dia, existe uma tal interdependência entre ambos, a ponto de não mais se conceber Estados liberais não-democráticos, nem Estados democráticos que não sejam também liberais (sob o ponto de vista político).

Assim, neste trabalho, parte-se da análise do processo de surgimento e consolidação dos Estados liberais intrinsecamente atrelado à afirmação dos direitos e liberdades básicas, realçando-se o forçoso liame de interferências recíprocas exercidas pelo poder político e pelas formas de organização social. Em seguida, discorre-se sobre as principais características da democracia e a evolução semântica e doutrinária do conceito, considerando que o regime democrático é muito mais do que uma mera forma de governo:

[...] antes, e acima de tudo, representa uma filosofia da sociedade humana, um modo de viver, um conjunto de ideias e atitudes que orienta e conduz o comportamento humano de modo a assegurar um clima de harmonia não só nos negócios políticos, mas também, nas relações econômicas, sociais, culturais e morais¹³⁸.

Pode-se afirmar que a democracia consiste, antes, na realização de uma filosofia de vida, na qual valores da personalidade humana são reconhecidos, do que simplesmente numa tendência política. Ademais, a participação do povo na *res publica*, na condição de titular do poder político, representa uma circunstância indissolúvelmente ligada à consecução dos ideais de liberdade dos Estados modernos, que, por seu turno, nos remetem ao pensamento político liberal e seus consectários.

¹³⁵ Liberismo, traduzido literalmente do italiano, é o termo utilizado para designar o liberalismo econômico, baseado no livre-cambismo; já o liberalismo político é denominado por Bobbio apenas de liberalismo.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Op. cit., p. 39.

¹³⁷ Ibidem, p. 43.

¹³⁸ GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e sistemas de governo: uma alternativa para a democracia brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 23.

Por isso, neste ponto, também é oportuno perquirir sobre os fundamentos do Estado liberal, associado a uma concepção individualista de sociedade, que, longe de prescindir o fato de que o homem é um ser social, considera-o protagonista de toda atividade que ocorre fora da seara estatal, devendo-lhe ser asseguradas as condições para que possa desenvolver as próprias faculdades, em condições de máxima liberdade. Como, porém, assegurar tais condições?

Com o intuito de delinear uma concepção de justiça adequada à realização dos valores da liberdade e da igualdade nos regimes democráticos constitucionais, John Rawls edifica sua teoria da justiça sobre as bases do liberalismo político. Reconhecendo o pluralismo e a existência de doutrinas conflitantes nas sociedades modernas, o autor afasta, de plano, concepções religiosas e metafísicas, privilegiando uma concepção de justiça segundo valores morais e políticos, que sirva para regular as principais instituições políticas, sociais e econômicas, bem como para resolver controvérsias políticas polarizadas ou, ao menos, diminuir a divergência de opiniões. É o que passaremos a analisar em seguida.

3.1 A “CULTURA DAS LIBERDADES”: O SENTIDO JURÍDICO E AS VICISSITUDES DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS NO CONTEXTO DOS ESTADOS LIBERAIS

O processo de formação dos Estados liberais pode ser identificado com o progressivo alargamento da esfera de liberdade dos indivíduos diante dos poderes públicos e, também, com a progressiva emancipação da sociedade em relação ao Estado nas esferas religiosa e econômica. Com efeito, a origem do liberalismo remonta ao período de declínio dos Estados confessionais e ao fim dos privilégios e dos vínculos feudais, abrindo espaço para a concepção de livre disposição dos bens e da liberdade de troca, que assinala o nascimento e o desenvolvimento da sociedade mercantil burguesa¹³⁹.

Tendo em consideração o papel relevante dos Estados liberais na afirmação dos direitos (ou liberdades) que, atualmente, estão albergados pela maioria dos ordenamentos jurídicos das democracias constitucionais, pretende-se perscrutar a questão utilizando, para tanto, a tipologia apresentada por Maurizio Fioravanti¹⁴⁰. O autor traçou três modelos teóricos (o historicista, o individualista e o estatalista), com fulcro na interdependência e influência recíproca dos fatos históricos, políticos e jurídicos, para fundamentar o desenvolvimento do que denominou “cultura das liberdades”.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Op. cit., p. 22.

¹⁴⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2009, *passim*.

Neste ponto, é oportuno esclarecer o sentido pretendido pelo autor ao utilizar a expressão “liberdades”. O termo nos remete a um conceito tradicional no âmbito jurídico: o de “liberdades públicas”, que compreende as “liberdades civis em sentido próprio”, abrangendo a proteção contra qualquer privação arbitrária da liberdade pessoal e da propriedade, e as “liberdades econômicas e políticas”, que abarcariam o conceito de autodeterminação econômica (*i.e.* a liberdade de exercício da atividade econômica, de escolha da profissão, de livre disposição sobre os bens etc.), bem como o direito de participação do indivíduo no processo político e na formação da opinião pública¹⁴¹.

No entanto, adotaremos, em consonância com o entendimento de Fioravanti, uma concepção mais moderna de liberdades públicas, considerando que elas se projetam sobre as três dimensões da vida de um indivíduo: a civil, a política e a social, de modo que correspondem, respectivamente, às liberdades clássicas ou negativas; à liberdade-participação, fundamento da ordem democrática; e às liberdades positivas, também denominadas liberdades reais ou concretas, vinculadas aos direitos econômicos e sociais.

Portanto, as liberdades públicas, na acepção desta pesquisa, englobam as liberdades civis, as políticas e os direitos sociais, consoante o entendimento de T. H. Marshall de que cidadania seria o conjunto de direitos civis, políticos e sociais. A seguir, passaremos a analisar cada um dos modelos propostos por Fioravanti, a fim de compreender o processo de concretização da cidadania no mundo ocidental, em especial, em nosso País.

3.1.1 O Modelo Historicista

A reconstrução historicista das liberdades clássicas abrange o período de transição da Idade Média, marcada pelas relações contratuais de fidelidade e proteção entre senhores feudais e servos, para a Idade Moderna, desde o nascimento dos Estados Absolutistas até as Revoluções Liberais e as Declarações de Direito. Sob esta ótica, as liberdades não se constroem pela mera atuação dos poderes constituídos na elaboração das leis, mas pela lenta e gradual evolução histórica e política dos povos, em consonância com o espaço e a época correlatos.

Fioravanti desmistifica a noção amplamente difundida de que direitos e liberdades são frutos de uma concepção moderna de Estado, que, por meio de normas gerais e abstratas, de natureza pública, fixa-lhes o conteúdo e o alcance. Afirma que, na época medieval, embora não houvesse um sujeito político titular das funções de *imperium* e dotado de capacidade

¹⁴¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución. Traducción y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte*. Barcelona: Ediciones Ariel, s/d., p. 391.

normativa (eis que o poder estava extremamente fragmentado entre vários sujeitos da escala hierárquica, desde os poderosos senhores feudais até os mais simples cavaleiros), havia sem dúvida situações de liberdade juridicamente protegidas por um direito objetivo, radicado nos costumes e na “natureza das coisas”, a que denomina *ius involuntarium*.

É certo que, na Idade Média, em razão da condição adquirida pelo nascimento, o servo estava obrigado a ser fiel a um senhor que, por sua vez, era obrigado a lhe proteger, bem como seus bens e sua família. Ainda que não houvesse sanção para o descumprimento deste contrato, ou mesmo, um terceiro neutro (Estado-juiz) para julgar como o senhor cumpriu os seus deveres de proteção, infringir as regras existentes ocasionaria um legítimo “direito de resistência”, isto é, a possibilidade de cada um autonomamente reclamar seus direitos, estabelecidos pelo uso e pelo tempo, mais precisamente pela força normativa dos costumes.

Isto porque, à época, a organização das relações políticas se dava por meio dos “contratos de dominação”¹⁴², baseados na prática de *consilium* e *auxilium*, isto é, por meio das normas estabelecidas pelos senhores feudais sobre suas vastas propriedades territoriais, com o auxílio das forças corporativas mais organizadas, tendo como pressupostos os deveres de fidelidade e de auxílio mútuo. Este arranjo político reforçava as esferas de domínio dos senhores e, ao mesmo tempo, garantia certos direitos e liberdades aos representantes mais poderosos das estratificações sociais. É na Idade Média, portanto, que se constrói a tradição europeia da necessária limitação do poder político de *imperium*.

Neste ponto, Fioravanti faz uma interessante constatação: dos contratos de dominação medievais nascem as assembleias políticas, com a função de colaborar com os senhores na gestão do poder. Todavia, devemos ter em mente que elas não se assemelham com o atual modelo de representação eletiva e democrática, nem sequer refletiam o exercício de direitos políticos (as chamadas “liberdades positivas”) – estavam, antes, relacionadas às “liberdades civis ou negativas”, traduzida na custódia dos direitos de natureza patrimonial da classe que participava das assembleias.

Na verdade, os indivíduos dos estratos sociais mais imponentes não representavam povo algum, mesmo porque não existia tal sujeito coletivo, nem pretendiam estabelecer junto aos senhores quais leis seriam cumpridas em seu território, eis que o *ius involuntarium* radicava na ordem natural das coisas e não dependia de ninguém para ser constituído – representavam, pois, seus próprios interesses, ou melhor, zelavam por seus direitos relacionados à liberdade

¹⁴² Um dos exemplos mais conhecidos é a *Magna Charta Libertatum* (1215), origem das regras que compõem o *due process of law* (devido processo legal), ao proibir qualquer arresto arbitrário, e da *law of the land* (lei do país), bem diferente da “ordem natural das coisas” que vigorava no restante da Europa medieval.

pessoal e à propriedade. É por este motivo que o modelo historicista ressalta que é na Idade Média que estão as raízes da liberdade enquanto autonomia e segurança, como tutela dos próprios direitos e dos bens.

Deste modo, podemos até vislumbrar um esboço de liberdades na sociedade medieval, com a ressalva de que os direitos tinham uma estrutura corporativa, isto é, podiam ser exercidos apenas em razão do pertencimento do indivíduo ao feudo, sendo assim estritamente locais¹⁴³, bem como estavam fundamentados na “ordem natural das coisas”, ou seja, na história e no transcurso do tempo. Tudo isto é incompatível com a dimensão moderna de liberdade, entendida como a livre expressão da vontade e de caráter universal, mas não implica na ausência de tutela jurídica – o homem medieval tinha seu próprio modo de garantir *iura e libertates!*

A Inglaterra, por sua forte tradição de primazia das liberdades civis ou negativas, é o país escolhido por Fioravanti para exemplificar a visão historicista na construção conceitual das liberdades públicas.

A história constitucional inglesa demonstra que é possível uma transição gradual da ordem medieval para a moderna, consolidando e ampliando a gama de direitos existentes, sem que houvesse, para tanto, um “momento constituinte”, isto é, a instauração de um poder soberano do povo para projetar uma ordem constitucional garantidora destas esferas de liberdade. Coube, antes, à jurisprudência por meio da *common law* a elaboração das regras de tutela das liberdades que, com o passar dos séculos, adquiriram um caráter de “núcleo duro” de direitos, dos quais não poderia dispor o poder político.

A fim de tutelar melhor as liberdades civis, floresceram em caráter acessório as liberdades políticas: na Inglaterra, desenvolveu-se uma prática eletiva parlamentarista muito antes de qualquer outro país europeu. Graças à fórmula *King in Parliament* e ao princípio dos *checks and balances*, havia uma composição equilibrada no governo britânico das três ordens políticas: a Monarquia, os Lordes e os Comuns. Sua finalidade era evitar decisões despóticas e impedir que apenas uma delas definisse as características do modelo político. Nasce, então, a concepção de governo moderado e limitado que perdura até os dias atuais.

Deste modo, o modelo historicista e o constitucionalismo inglês privilegiam a experiência histórica de construção prudente e gradual das liberdades públicas, prescindindo de qualquer instrumento coletivo (como a figura do Estado ou a vontade geral do povo) para instaurar a ordem jurídica e social. Passaremos, agora, à análise do próximo modelo.

¹⁴³ Daí, não se pode falar em cidadania na Idade Média, que é, por definição, nacional.

3.1.2 O Modelo Individualista

O ponto diferencial entre a cultura historicista e a individualista é a natureza de sua relação com o passado medieval: enquanto aquela atribui ao Medieval o surgimento da tradição europeia de governo moderado e limitado, destacando a importância do legado medieval para o constitucionalismo moderno; esta enxerga a conexão entre a Idade Média e a Moderna como uma “ruptura de época”, isto é, para o aperfeiçoamento dos direitos individuais e de sua tutela, foi necessária a progressiva destruição da ordem feudal e estratificada de governo e de sociedade, porque afrontava a ordenação do direito em sentido individualista.

Segundo Fioravanti, por “ordem feudal e estratificada”, deve-se entender:

Aquel tipo específico de orden, característico del medieval, en cual los derechos y los deberes son atribuidos a los sujetos según su pertenencia estamental. Tenemos así no sólo la imposibilidad lógica, además de histórica, de los derechos del hombre, o del ciudadano, o de la persona, abstractamente entendidos, sino también un derecho que concretamente impone regímenes jurídicos distintos según da pertenencia estamental: una propiedad de los nobles, una de los burgueses-ciudadanos y una de los labriegos; un testamento de los primeros, de los segundos y de los terceros, distintos entre sí; y así sucesivamente para todas las formas jurídicas que los sujetos utilizan en su vida de relaciones jurídicamente relevantes¹⁴⁴.

A concentração do *imperium* (i.e., do poder político na figura do Estado) contribuiu para a referida destruição da ordem feudal, pois ao subtrair da nobreza o exercício das funções políticas (de julgar, coletar impostos e administrar), livrou os indivíduos de suas antigas sujeições e garantiu-lhes o direito de rechaçar toda autoridade distinta do Estado, único titular da capacidade normativa e de coação, elevando-os da condição de servos a de titulares de direitos.

Sob a perspectiva individualista, também tiveram papel fundamental nesta ruptura as Declarações Revolucionárias de Direitos, frutos da concepção jusnaturalista de “estado de natureza”, caracterizado por direitos inatos de liberdade e igualdade. E o país em que se construiu o direito moderno de base individualista mais típica foi a França, com sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no âmbito público, e seu Código Civil napoleônico (1804), no âmbito privado.

Neste ponto, cabe destacar severa crítica de Fioravanti ao modelo individualista que, ao privilegiar a Idade Moderna como berço das liberdades públicas, parece esquecer-se de que, neste período, primeiro sob a égide dos Estados Absolutistas e, depois, sob o amparo do

¹⁴⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 36.

legislador revolucionário, houve a mais formidável concentração de poder já conhecida e, conseqüentemente, o maior desrespeito aos direitos dos indivíduos.

Outro aspecto relevante é que as doutrinas individualistas se fundamentam no contratualismo e, nisto, reside outra diferença com os historicistas: para estes, a associação política é produto dos ajustes prudentes da história e ao povo cabe, frente a um governo tirânico, exercer o papel restaurador da soberania, reconduzindo o governo a um caminho moderado e equilibrado; sob a lógica individualista, a ordem política funda-se sob a vontade dos indivíduos, com o consenso dos cidadãos, que decidem se submeter a uma autoridade comum (o Estado), a fim de que sejam asseguradas as esferas de liberdade de cada um.

Em virtude da importância que assume a figura do Estado na cultura individualista, seja no combate aos privilégios da ordem feudal, seja como instrumento de garantia dos direitos e liberdades, são oportunos alguns esclarecimentos para que não se confunda este modelo com o estatalista.

Na ótica individualista, vigora a presunção de liberdade, ou seja, as liberdades são potencialmente indefinidas, salvo sua legítima limitação por parte da lei. Isto significa que o exercício das liberdades pode ser restringido apenas pelo legislador, e não por qualquer autoridade pública, e que os limites legais somente podem ter uma justificativa: a garantia do gozo dos mesmos direitos a todos os membros da sociedade. Desprezam-se concepções de bem comum, interesse geral etc., pois há uma valorização do indivíduo enquanto tal, que poderá agir, dentro do domínio da lei, para atingir seus objetivos.

A segunda diferença entre os dois modelos – individualista e estatalista – é em relação ao poder constituinte. Se, para o primeiro, a sociedade civil é anterior ao Estado, ao qual incumbe apenas reconhecer direitos e liberdades pré-existentes; para o segundo, a sociedade de indivíduos politicamente ativos nasce somente com o Estado, que é condição necessária para o exercício das liberdades e direitos.

Deste modo, só é possível a existência de um poder constituinte sob a perspectiva individualista, pois antes de se produzir o *pactum subiectionis*, por meio do qual os indivíduos se submetem à autoridade estatal, haveria um *pactum societatis*, em razão do qual nasce a sociedade que, por sua vez, se articula para exercer o poder constituinte (*i.e.*, produzir uma Constituição) a fim de fundar um certo tipo de ordem política¹⁴⁵.

Passaremos, então, a analisar o modelo estatalista de construção das liberdades públicas.

¹⁴⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 42.

3.1.3 O Modelo Estatalista

Como dito anteriormente, tanto o modelo individualista quanto o estatalista enxergam a formação do Estado liberal moderno como fruto da vontade dos indivíduos, em razão da necessidade de obterem maior segurança na tutela de seus bens e da própria pessoa, porém o modelo estatalista não admite a existência de direitos naturais que precedem ao direito positivado pela entidade política:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es “bellum omnium contra omnes” significa necesariamente sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno¹⁴⁶.

Consequentemente, a sociedade que decide se submeter à autoridade estatal deixa de ser, a partir deste exato momento, uma mera multidão incapaz de se expressar politicamente e converte-se em “povo” ou “nação”, cuja representação unitária compete ao Estado soberano. Vê-se que a própria decisão de fundar o Estado é condição necessária para a existência do corpo político, entretanto, não se verifica qualquer transmissão de poderes dos indivíduos ao Estado:

[...] cuando el ciudadano elige a sus representantes, no les transmite los poderes que tiene originariamente, sino que ejerce una función: la de designar, por interés público y sobre la base exclusiva del derecho positivo estatal, a los que tendrán el deber de expresar la soberanía del Estado en forma de ley¹⁴⁷. (Grifos no original)

Além disto, a doutrina estatalista critica a tendência contratualista adotada pelo modelo individualista, enxergando uma indevida confusão entre direito público e privado, entre *dominium* e *imperium* no que se refere à criação do Estado, pois o contrato é uma figura típica e exclusiva do direito privado, em que as partes oferecem vantagens recíprocas e assumem um compromisso mútuo, não sendo apto para gerar obrigações públicas e políticas.

O pacto, por sua vez, seria o instrumento mais adequado, por ser um ato de subordinação unilateral, não negociável, irreversível e total, por meio do qual todos se submetem simultaneamente ao sujeito investido do monopólio de *imperium* – o Estado. Adverte Fioravante: “*Solamente con el pact se logra por fin liberar al ejercicio del poder constituyente de toda influencia de carácter privado, situándolo completamente en el plano de la decisión política.*”¹⁴⁸

¹⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 48.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 51.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 50.

Por fim, o modelo estatalista diferencia-se dos demais no que tange ao binômio “liberdade-poder”: nele, ambos nascem juntos, no instante de criação do Estado, já que direitos e liberdades são o que a lei estatal determina que sejam – não há sociedade nem direitos anteriores à constituição do poder político soberano.

Fioravanti não nos dá exemplo de um país que se enquadre neste modelo de construção das liberdades públicas, mas ousamos dizer que o Brasil serve bem a tal propósito. Vejamos: não possuímos uma tradição histórica de construção sensata e gradual de liberdades públicas, nem tivemos grandes revoluções sociais que culminaram em transformações profundas nas ordens política e jurídica. Os direitos aqui consagrados são resultado da ordenação estatal que ora alarga o rol, ora o diminui, conforme a orientação política dominante e os fins que almeja. O que impede o total arbítrio do Governo e do Parlamento, limitando seus poderes, é a Constituição, que assume relevante papel nas sociedades contemporâneas, sobretudo no período pós Segunda Guerra Mundial, como garantidora dos direitos fundamentais e limitadora dos poderes estatais.

Por derradeiro, cabe salientar que tais modelos têm o intuito de demonstrar que não houve uma evolução linear, uniforme nem idêntica das liberdades públicas em todos os países do mundo (assim como aconteceu com a evolução da cidadania) – a realidade de cada povo lhe é peculiar e, por isso, não podem ser aceitas generalizações como se fossem fórmulas mágicas a explicar tudo! Cada povo tem sua história e o Direito reflete a vida social, política e econômica de cada Estado.

3.2 O ENCONTRO ENTRE A DEMOCRACIA E O LIBERALISMO NO ESTADO MODERNO

O sentido originário de muitas expressões transformou-se, através dos séculos, em função das condições sociais e econômicas ou, mesmo, de concepções políticas inteiramente diferentes, sendo este o caso da palavra “democracia”, a ponto de Norberto Bobbio proclamar a “democracia dos antigos” e a “democracia dos modernos”¹⁴⁹.

Apesar de ambas descenderem do mesmo princípio da soberania popular, o modo de exercício do poder político as distingue: na Antiguidade Clássica e nas cidades medievais, adotava-se a democracia direta e nos Estados modernos, a democracia representativa. Ademais, nos dias atuais, o conceito evoluiu de mera “forma de governo”, ao lado da monarquia e da

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Op. cit., p. 31.

aristocracia, nos moldes da classificação aristotélica de formas puras de governo, para a noção de “regime político”, que se coaduna com os denominados “valores democráticos” e “regras do jogo democrático”¹⁵⁰.

Há, portanto, duas “modalidades” de exteriorização do regime democrático: a “democracia direta” (considerada, para a maioria dos autores, utópica¹⁵¹), em que o poder emana do povo e, por ele, é exercido diretamente, ou seja, as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia; e a “democracia indireta”, em que o poder emana do povo e, em seu nome, é exercido por representantes previamente eleitos, como é o caso da “democracia representativa”, legitimada por via de eleições livres e prévias, ou da “democracia plebiscitária” ou “cesarista”, legitimada por meio de consultas anteriores (plebiscito) ou posteriores (*referendum*) a cada decisão política¹⁵².

Ante a impossibilidade prática, nos dias de hoje, de utilização dos processos da democracia direta, seja em decorrência da vastidão dos territórios dos Estados e de seu elevado número de habitantes, seja em razão da multiplicidade de problemas que devem ser resolvidos no âmbito das sociedades modernas e complexas, esta análise limitou-se às formas de democracia indireta, em especial da representativa, que corresponde à situação da grande maioria dos Estados.

¹⁵⁰ Reis Friede indica como valores democráticos o otimismo relativo acerca da natureza humana; Governo e Estado como instrumentos da sociedade; individualismo e a inexistência de dever de submissão; e as regras do jogo democrático como sendo as seguintes: eleições livres; oposição política legal; liberdade de expressão; governo da maioria e direitos da minoria, e constitucionalismo. (FRIEDI, Reis. Op. cit., p. 231).

¹⁵¹ Contrariando esta opinião, Dallari apresenta como exemplo de democracia direta, nos dias atuais, os Cantões da Suíça de Glaris, Unterwalden e Appenzell, em que existe um órgão supremo, denominado *Landsgemeinde*, semelhante a uma assembleia, que é aberto a todos os cidadãos com direito de votar, impondo-se a estes o dever de comparecimento. Há uma publicação prévia dos assuntos a serem submetidos à deliberação, podendo ser votadas proposições de cidadãos ou do Conselho Cantonal, remetendo-se a este todas as conclusões. Ainda segundo o autor, a *Landsgemeinde* vota leis ordinárias e emendas à Constituição do Cantão, tratados intercantonais, autorizações para a cobrança de impostos e para a realização de despesas públicas de certo vulto, cabendo-lhe também decidir sobre a naturalização cantonal. Contudo, ressalva que o trabalho destas assembleias é preparado antecipadamente por um Conselho Cantonal eleito para tanto e que se limita, praticamente, a aprovar ou desaprovar o que foi estabelecido por tal Conselho. Além disto, esta prática só funciona em colégios eleitorais muito restritos, o que é suficiente para torná-la inviável no mundo atual (DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 152-153).

¹⁵² Reis Friede apresenta como características fundamentais da **democracia indireta representativa** as seguintes: a **legitimidade a priori**; **existência de partidos políticos**, notadamente, o pluripartidarismo; **eleições** livres e periódicas para a escolha dos representantes populares através do voto popular; **sistema de eleições diretas ou indiretas**; sufrágio universal (embora alguns autores sustentem que o sufrágio censitário não necessariamente descaracteriza o regime democrático, comprometendo apenas o grau de representatividade); e necessária previsão legal-constitucional. A **democracia indireta cesarista de referendum**, por sua vez, tem como características: a **legitimidade a posteriori**; **inexistência de partidos políticos**, com a sua natural substituição por movimentos de posição (ratificação) ou oposição (retificação); **consultas** livres e periódicas para a confirmação (ou não) dos representantes populares (e de suas ações) através, sobretudo, do *referendum*; **sistema de consultas diretas ou indiretas**; sufrágio universal (e também censitário, ainda que com restrições); e necessária previsão legal-constitucional. (FRIEDI, Reis. Op. cit., p. 222).

Numa democracia representativa, o povo escolhe seus representantes pelo voto direto (como ocorre no Brasil) ou indireto (como nos Estados Unidos), oferecendo uma espécie de “procuração em branco”¹⁵³ para os mesmos exercerem em seu nome o poder político – neste caso, pode-se dizer que a legitimação é *a priori*.

Por outro lado, em uma democracia cesarista pela via do *referendum*, o Estado indica seus representantes (ou há algum tipo de escolha técnica), cabendo ao povo apenas confirmá-los ou não no poder posteriormente, por meio de consulta direta (ou indireta). Excepcionalmente, podem existir escolhas por consulta prévia (plebiscito), como é a hipótese da democracia plebiscitária. Nestas duas últimas, a legitimação é *a posteriori*.

Antes que se firme qualquer julgamento antecipado quanto ao “modelo ideal” de democracia, é necessário elucidar que todas as modalidades apresentam sérios problemas estruturais e operativos, sobretudo em relação à legitimidade da representação, o que pode, inclusive, demandar a implementação de soluções híbridas, adaptadas às características próprias de cada um dos modelos de representatividade.

Neste sentido, exemplifica Bobbio que um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis seria uma forma de democracia representativa, mas, ao mesmo tempo, aproxima-se da democracia direta, na medida em que admite a substituição dos representantes:

Exatamente porque entre a forma extrema de democracia representativa e a forma extrema de democracia direta existe um *continuum* de formas intermediárias, um sistema de democracia integral que pode conter todas, cada uma delas em conformidade com as diversas situações e as diversas exigências, e isto porque são perfeitamente compatíveis entre si posto que apropriadas a diversas situações e a diversas exigências. Isto implica que, de fato, **democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente**¹⁵⁴. (Grifo nosso)

Ademais, em virtude da variabilidade dos métodos formais pelos quais se pode obter a legitimidade do exercício do poder político, bem como por uma série de razões socioculturais, é possível, por exemplo, que uma democracia indireta com legitimação *a posteriori* por meio de *referendum* possa oferecer um maior grau de representatividade (e,

¹⁵³ O mandato político é de caráter geral e confere poderes ao mandatário para a prática de todos os atos compreendidos na esfera de competências do cargo para o qual foi eleito. Além do mais, o mandatário tem absoluta autonomia e independência, não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou outra orientação, de modo que suas decisões obriguem mesmo os eleitores que se oponham a elas.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 52.

consequentemente, de legitimidade) em comparação com a clássica fórmula da democracia indireta representativa, dotada de legitimidade *a priori*¹⁵⁵.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho já esclarecia que o governo representativo, quando de sua implantação, tinha um caráter essencialmente aristocrático, eis que a seleção dos governantes era feita por uma minoria dentre o povo, por intermédio do sufrágio censitário, que excluía os pobres de qualquer articulação política. Complementa o autor que somente com o passar do tempo alcançou-se o sufrágio universal, primeiramente, a partir do final do século XIX, abrangendo todos os homens, e depois, em meados do século XX, as mulheres – foi, então, que o governo representativo adquiriu seu caráter democrático, vindo a ser chamado de democracia representativa¹⁵⁶.

Todavia, as maiores críticas são endereçadas à democracia plebiscitária e à cesarista, consideradas por Ferreira Filho “ditaduras disfarçadas”, pois as massas são chamadas a referendar as decisões do “homem forte”, quando, na verdade, a decisão já está tomada e o consenso em torno dela é obtido por meio do controle da propaganda que opera num único sentido – aquele pretendido pelo Governo. Além do mais, em tal regime, não há freios nem limites ao poder do chefe de Estado, já que o mesmo, pela invocação do voto das massas, pode a qualquer instante superar os limites existentes¹⁵⁷.

Merece destaque, ainda, em virtude da grande repercussão obtida neste início de século, a intensificação da participação direta do povo (ou, ao menos, sua influência) na tomada de decisões políticas ou adoção de políticas públicas, seja por meio de manifestações coletivas ou de movimentos organizados por segmentos da sociedade, aprovando ou desaprovando as proposições apresentadas pelo Governo ou pelo Parlamento. Esta prática passou a ser identificada como “democracia participativa” e tem se mostrado cada vez mais recorrente (e até eficaz) para orientar as ações políticas e os próprios representantes eleitos, considerando aquilo que seria efetivamente a “vontade do povo”.

Adverte Bobbio, porém, que este desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas entendido como a “ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico

¹⁵⁵ FRIEDI, Reis. Op. cit., p. 221.

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 71-72.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 81.

ou burocrático.”¹⁵⁸ Trata-se de um processo de “democratização da sociedade”, decorrente da percepção de que a esfera política, onde são tomadas as decisões de mais relevante interesse coletivo, está incluída numa esfera muito mais ampla, que é a esfera social, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ao que ocorre na sociedade civil.

Em suma, o regime democrático, embora associado à questão da representatividade e, por extensão, da legitimidade do exercício do poder, acaba por transcendê-las, constituindo-se em sustentáculo da ordem jurídico-política estatal por meio de seus postulados fundamentais, quais seja:

- 1) a efetiva participação do **povo** (conjunto de nacionais) na atividade sociopolítico-estatal;
- 2) a legitimidade do exercício do poder (ou seja, os **mandatários** e **agentes de poder** devem gozar de incontestável autorização do titular do poder político (povo));
- 3) a prevalência da vontade da maioria, porém com respeito aos direitos da minoria;
- 4) o regime de amplas liberdades, servindo o **Estado** como sinérgico avalista desta realidade;
- 5) o império da lei e da ordem legitimamente (consensualmente) estabelecido, em última análise, no texto constitucional¹⁵⁹. (Grifos no original)

Destarte, além da participação dos cidadãos nas decisões políticas e da prevalência do princípio majoritário (desde que assegurado às minorias o direito de representação e de oposição), a democracia pode ser identificada como o regime de igualdade política e de “amplas liberdades” (*i.e.*, aquele capaz de propiciar oportunidade para que todos possam realizar os direitos e as aspirações individuais), bem como o regime constitucional que garante a submissão do Estado ao direito, cujas bases devem estar previstas na Constituição.

Neste sentido, pode-se afirmar que a democracia constitucional é reflexo da concepção ideológica liberal, uma vez que os direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião, de associação, enfim, todos aqueles que constituem a base sobre a qual foi erguido o Estado liberal (e, por conseguinte, o Estado de direito), são pressupostos necessários para o correto funcionamento dos mecanismos procedimentais que caracterizam o regime democrático. Sendo assim, o Estado liberal pode ser considerado não somente o pressuposto histórico, mas, também, jurídico do Estado democrático moderno:

Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Op. cit., p. 55. Neste ponto, complementa o autor que, há pouco tempo, quando se desejava uma prova do desenvolvimento da democracia em certo país, considerava-se como índice principal o alcance dos direitos políticos (do sufrágio restrito ao sufrágio universal), isto é, a extensão do direito de participar (mesmo que indiretamente) da formação dos órgãos nos quais são tomadas as decisões políticas. Atualmente, o estado de democratização tem sido medido pelo número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se exerce o direito de voto, ou seja, o critério não deve mais ser o de “quem” vota, mas o do “onde” se vota.

¹⁵⁹ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 242.

da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: **é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.** A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos¹⁶⁰. (Grifo nosso)

O liberalismo, conforme visto, floresceu com o declínio dos Estados confessionais e sua gradual substituição por Estados laicos ou neutros, isto é, por Estados que não se identificam com uma determinada confissão religiosa, nem com qualquer concepção filosófico-política, respectivamente.

A doutrina liberal, enquanto teoria política fundada por John Locke, no século XVII, defende o Estado de direito (contra o absolutismo e a estrutura feudal) e o Estado mínimo (não apenas contrário à intervenção do poder político nos negócios econômicos, mas, também, na esfera ético-religiosa dos indivíduos); e como teoria econômica, instituída por Adam Smith, já no século XVIII, estimula a economia de mercado, a livre concorrência e a iniciativa privada, com o alheamento do Estado no tocante às atividades econômicas:

O duplo processo de formação do estado liberal pode ser descrito, de um lado, como emancipação do poder político do poder religioso (estado laico) e, de outro, como emancipação do poder econômico do poder político (estado do livre mercado). Através do primeiro processo de emancipação, o estado deixa de ser o braço secular da igreja; através do segundo, torna-se o braço secular da burguesia mercantil e empresarial¹⁶¹.

A “perda” do poder ideológico pelo Estado, por meio da concessão dos direitos civis, entre os quais se incluem o direito à liberdade de crença e o de manifestação do pensamento, e a “perda” do monopólio do poder econômico, manifestada pela incipiente liberdade econômica, foram condições necessárias à consolidação do liberalismo e ao desenvolvimento dos Estados modernos, em sua maioria, firmados sobre o sistema capitalista de produção¹⁶². Na verdade, pode-se afirmar que não houve perda alguma, mas o reconhecimento da existência de direitos inerentes ao ser humano, os quais o Estado está obrigado a respeitar e resguardar.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Op. cit., p. 20.

¹⁶¹ Ibidem, p. 115.

¹⁶² Sobre a relação entre Estado liberal e capitalismo, assinala Clóvis de Souto Goulart que: “[...] é imperioso admitir que, originariamente, a noção de democracia liberal esteve indissociada da do capitalismo, embora os chamados éticos liberais hajam empreendido esforços no sentido de conciliar liberdade de mercado com liberdade de autodesenvolvimento individual e, de certa forma, de submeter a primeira aos reclamos desta última. E, a nosso ver, isto é possível: **a forma de governar o Estado, para ser liberal, não terá que atrelar-se, rigorosamente, a todas as regras e pressupostos do capitalismo. Os anseios de liberdade individual – vários modelos de democracia o demonstram sobejamente – podem ser preservados sem que a economia se assente na concorrência inteiramente livre, optando-se por alguma forma de socialismo.**” (Grifo nosso). GOULART, Clóvis de Souto. Op. cit., p. 53-54.

Além disto, no âmbito da doutrina liberal, o “Estado de direito” caracteriza-se como aquele em que os poderes públicos são regulados por normas gerais preestabelecidas e devem ser exercidos nos parâmetros legais, resguardado o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido qualquer abuso ou excesso de poder¹⁶³.

No entanto, verifica-se que a mera subordinação à lei deixou de ser suficiente, pois a concepção de um Estado que somente interviesse na vida dos indivíduos para cumprir suas funções básicas permitiu a sobreposição da vontade dos fortes sobre os fracos. Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos adverte:

Era necessário redinamizar este Estado, lançar-lhes outros fins; não que se desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível. Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformaram o velho e **formal Estado de direito** num **Estado democrático**, onde além da mera **submissão à lei** deveria haver a **submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos**¹⁶⁴. (Grifos no original)

O “Estado democrático de direito” (que Bobbio denomina “Estado de direito em sentido forte”¹⁶⁵) não apenas exerce o poder *sub lege*, como também pressupõe a existência de certos fins e valores que devem nortear a atuação estatal, de modo que a própria lei deve subordinar-se aos limites materiais do reconhecimento constitucional de alguns direitos naturais e invioláveis do indivíduo¹⁶⁶. Nota-se, portanto, a clara distinção entre o Estado democrático de direito e o Estado de direito, no qual a atuação estatal se resume à submissão formal à lei, independentemente de seu conteúdo.

Diante do exposto, constata-se que o reconhecimento das liberdades e direitos básicos sobre os quais se funda o Estado liberal é primordial para o bom funcionamento do regime democrático e que o melhor remédio contra o exercício ilegítimo de poder é a participação direta ou indireta dos cidadãos na tomada de decisões coletivas de um país. A democracia moderna, por conseguinte, não só é compatível com o liberalismo político, como pode ser considerada seu “natural prosseguimento”:

Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Op. cit., p. 18.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 157.

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Op. cit., p. 19.

¹⁶⁶ “[...] o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.” (Idem. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Op. cit., p. 101).

verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade¹⁶⁷.

Feitas tais considerações, essenciais para compreender a dimensão do liberalismo político (apartando-o do que conhecemos por liberalismo econômico), bem como para contextualizar sua importância no âmbito dos regimes democráticos modernos, pautados pela noção de Constitucionalismo dirigente, conforme se verá logo mais, passar-se-á ao exame dos pontos essenciais da teoria da “justiça como equidade”, elaborada por John Rawls, e de sua importância para a concretização dos direitos fundamentais nas sociedades complexas e pluralistas dos dias atuais.

3.3 “JUSTIÇA COMO EQUIDADE”: UMA ALTERNATIVA PARA AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS?

Retomando o escopo de refletir sobre a legitimidade das decisões que envolvam “questões políticas fundamentais”¹⁶⁸, recorrer-se-á à concepção política de justiça proposta por John Rawls¹⁶⁹, para dar conta da pluralidade moral, filosófica e religiosa das sociedades modernas. Assim, será necessário esclarecer alguns conceitos fundantes da teoria do liberalismo político, que prega o uso da razão pública como procedimento de justificação e aplicação dos princípios de justiça, para resolução dos desafios inerentes aos atuais regimes democráticos.

Para o autor, uma das principais características da cultura política das sociedades democráticas modernas é o “pluralismo razoável”¹⁷⁰, ou seja, a existência de diversas doutrinas religiosas, filosóficas e morais consideradas abrangentes, por tratarem de diversos aspectos da

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Op. cit., p. 44.

¹⁶⁸ De acordo com Rawls, questões políticas fundamentais são aquelas relacionadas aos “elementos constitucionais essenciais” (*i.e.*, aos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do poder político, bem como os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar) e às questões de justiça básica. (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 277).

¹⁶⁹ John Bordley Rawls (1921-2002) era Ph.D em Filosofia pela Universidade de *Princeton*, nos Estados Unidos, tendo lecionado em diversas famosas universidades, como *Princeton*, *Oxford* (Inglaterra) e *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), antes de se tornar professor titular de filosofia em *Harvard*. Em 1971, publicou sua obra-prima – **Uma teoria da justiça**, na qual prega um ideal de justiça distributiva, considerada a primeira virtude das instituições sociais, e a partir do qual seria possível reorganizar a vida social. Em 1993, publicou **O liberalismo político**, no qual acolheu algumas das críticas endereçadas ao seu primeiro livro, tendo retificado o que julgou necessário, como, por exemplo, a classificação do conceito de “justiça como equidade”, antes considerada uma “doutrina moral abrangente”, incompatível com o pluralismo razoável das sociedades democráticas modernas e, agora, uma “concepção política de justiça”. Ademais, o liberalismo político apregoado por Rawls busca conjugar o igualitarismo, do bem-estar social, com o individualismo, representado pelas liberdades individuais. (OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 66-68).

¹⁷⁰ Não se deve confundir o “pluralismo propriamente dito” com o “pluralismo razoável”, uma vez que este não representa apenas o resultado de interesses pessoais e de classe, nem a tendência das pessoas de verem o mundo político segundo um ponto de vista limitado, mas, em vez disso, o pluralismo razoável é produto da razão prática livre, no contexto de instituições livres. (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 80).

vida humana, e gerais, uma vez que se aplicam a todos os objetos de uma forma universal. Isto se dá em razão das condições políticas e sociais asseguradas pelas liberdades básicas das instituições democráticas. Ainda que razoáveis¹⁷¹, tais concepções de bem podem ser, em algumas situações, irreconciliáveis – o que obsta a formação de uma base comum para resolução dos conflitos e para formação de acordos políticos.

Assim, a questão fundamental do liberalismo político, enfatizada por Rawls em toda sua obra, é compreender “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis, que endosse um regime constitucional?”¹⁷² Ou seja, como tornar possível sua convivência e mais, como permitir a existência de um entendimento mútuo acerca das questões públicas essenciais?

A proposta rawlsiana é apresentar uma concepção de justiça que possa oferecer diretrizes às instituições sociais, políticas e econômicas, denominadas “estrutura básica” da sociedade, para se organizarem em conformidade com os valores da liberdade e da igualdade, de forma que ambos sejam razoavelmente satisfeitos¹⁷³. De outro ângulo, visa determinar um ponto de vista passível de ser compartilhado por todos cidadãos, qualquer que seja sua posição social ou interesses pessoais, por meio do qual possam examinar se suas instituições democráticas são justas ou não. Deste modo, a “justiça como equidade” não pretende ser a concepção “correta” de justiça, mas aquela que possa servir de base a um acordo político informado e voluntário entre cidadãos vistos como pessoas livres e iguais.

¹⁷¹ “É claro que uma sociedade também pode conter doutrinas abrangentes pouco razoáveis, irracionais ou até mesmo absurdas. Nesses casos, o problema é administrá-las de forma a não permitir que solapem a unidade e a justiça da sociedade.” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 24). Na verdade, existem muitas doutrinas abrangentes que não são razoáveis, como, a nosso ver, a deturpação do islamismo promovida por grupos terroristas como Estado Islâmico ou Al Qaeda. Porém, no contexto proposto por Rawls, tais doutrinas não podem dispor de aceitação suficiente para solapar a justiça essencial da sociedade.

¹⁷² Ibidem, p. 33. Apesar do liberalismo político pressupor o pluralismo razoável, isto não impede que haja uma concepção política compartilhada por todos, no que diz respeito a questões políticas fundamentais, competindo à doutrina liberal identificar quais são as bases de justificação pública para o acordo político.

¹⁷³ Segundo Rawls, “há um profundo desacordo sobre como os valores da liberdade e da igualdade são realizados, da melhor forma possível, na estrutura básica da sociedade. Simplificando, podemos conceber esse desacordo como um conflito, no âmbito da própria tradição do pensamento democrático, entre a tradição associada a Locke, que dá ênfase ao que Constant denominou ‘as liberdades dos modernos’ – liberdade de pensamento e de consciência, certos direitos básicos da pessoa e da propriedade, e o império da lei – e a tradição associada a Rousseau, que enfatiza o que Constant chamou ‘as liberdades dos antigos’; as liberdades políticas iguais e os valores da vida pública. [...] A justiça como equidade tenta decidir a pendência entre essas tradições em confronto propondo, em primeiro lugar, dois princípios de justiça para servir de fios condutores no tratamento de como as instituições básicas podem realizar os valores da liberdade e da igualdade, e em segundo lugar, especificando um ponto de vista do qual esses princípios surgem como mais apropriados do que outros princípios de justiça à natureza dos cidadãos democráticos enquanto pessoas livres e iguais.” (RAWLS, John. *Justice as fairness: political not metaphysical*. **Philosophy and public affairs**, v. 14, 3, 1985. Tradução de Régis de Castro Andrade. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 25-59, 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n25/a03n25.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016, p. 29-30)

Rawls sustenta que, numa democracia constitucional, a concepção pública de justiça deve ser, tanto quanto possível, independente de controvérsias doutrinárias, filosóficas e religiosas, ou seja, seu conteúdo deve ser pautado por normas que articulam valores políticos, e não metafísicos ou epistemológicos¹⁷⁴. Adverte-se, porém, que uma concepção política (e, portanto, moral) de justiça, ainda que pretenda ser filosoficamente neutra, necessita em geral pressupor certas crenças morais ou filosóficas.

De acordo com a proposta rawlsiana, uma concepção política não tem de ser uma criação original, eis que pode apenas rearticular ideias e princípios intuitivos básicos que já se encontram inscritos nas instituições de um regime democrático constitucional e nas tradições históricas de sua interpretação – o que é denominado por Rawls de “cultura política pública”. Neste ponto, é oportuno transcrever a distinção entre a “cultura política” e a “cultura social” (ou “cultura de fundo”):

A cultura política compreende as **instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação** (inclusive as do judiciário), bem como os **textos e documentos históricos que são de conhecimento geral**. As **doutrinas abrangentes de todos os tipos** – religiosas, filosóficas e morais – fazem parte do que podemos chamar de “cultura de fundo” da sociedade civil. **É a cultura do social, não do político**. É a cultura da vida cotidiana, de suas diversas associações: igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, clubes e times, para citar apenas algumas¹⁷⁵. (Grifo nosso)

Os princípios propostos pela teoria da justiça de Rawls, além de servirem para regular a estrutura básica, não apenas em relação aos direitos, liberdades e oportunidades básicos, mas, também, no que diz respeito às demandas de igualdade, devem justificar, *per se*, o fato de serem mais apropriados do que outros princípios de justiça à natureza dos cidadãos democráticos, na medida em que lhes assegurem os meios adequados para que suas liberdades sejam efetivamente postas em prática. São eles:

- a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido;
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, elas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade¹⁷⁶.

O primeiro princípio – o da “igual liberdade” (*equal liberty principle*), que assegura o valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais – tem prioridade em relação ao segundo, que se divide em dois: o “princípio da igualdade equitativa

¹⁷⁴ RAWLS, John. *Justice as fairness: political not metaphysical*. Op. cit., p. 33.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Nythamar de. Op. cit., p. 56.

¹⁷⁶ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 47-48.

de oportunidades” (*fair equality of opportunities*) e o “princípio da diferença” (*difference principle*), segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas aos cargos e posições devem ser ajustadas de modo que, seja qual for o seu nível, devem representar o maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade¹⁷⁷. Isto significa que a inviolabilidade das liberdades individuais prevalece sobre os ajustes sociais envolvendo questões de oportunidades e desigualdades – o que traduz a “primazia do justo sobre o bem”, característica de modelos deontológicos¹⁷⁸.

Constata-se, portanto, que os princípios de justiça são instrumentos, por meio dos quais deve ser efetivada a distribuição equitativa de bens primários, isto é, bens básicos para todas as pessoas, independentemente de seus projetos pessoais de vida ou de suas concepções de bem¹⁷⁹. No entanto, adverte Rawls: “[...] a distribuição desses bens sociais não precisa ser igual, visto não se tratar de um igualitarismo social – como seria o caso de modelos de um socialismo de Estado ou do comunismo.”¹⁸⁰

A fim de consolidar sua teoria, Rawls afirma que uma concepção política de justiça deve conter “diretrizes de indagação”, que especifiquem formas de argumentação e critérios à luz dos quais os cidadãos possam decidir se aqueles princípios de justiça estão sendo aplicados adequadamente, bem como identificar as leis e políticas que melhor os satisfaçam¹⁸¹. Comparando os valores políticos liberais, o autor identifica que:

O primeiro tipo – **valores da justiça política – pertence à mesma categoria que os princípios de justiça para a estrutura básica**: os valores de igual liberdade política e civil; da igualdade de oportunidades; os valores da igualdade social e da reciprocidade econômica; e acrescentemos ainda os valores do bem comum, assim como as várias condições necessárias a todos esses valores.
O segundo tipo de valores políticos – os **valores da razão pública – pertence à categoria das diretrizes da indagação pública que tornam essa indagação livre e pública**. Aqui também estão incluídas virtudes políticas como a razoabilidade e a disposição de respeitar o dever (moral) de civilidade, os quais, enquanto virtudes dos cidadãos, ajudam a tornar possível a discussão pública refletida sobre as questões políticas¹⁸².

Rawls afirma, ainda, que uma concepção política de justiça deve possuir três características essenciais, presentes em sua própria teoria da justiça como equidade.

¹⁷⁷ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 48-49.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Nythamar de. Op. cit., p. 18-19.

¹⁷⁹ Seriam exemplos de bens primários listados por Rawls: a) direitos e liberdades básicos, que são, igualmente, dados por uma lista; b) liberdade de circulação e livre escolha de ocupação em face de um quadro de oportunidades plurais; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica da sociedade; d) rendimento e riqueza; e) as bases sociais do respeito próprio (RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 228).

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Nythamar de. Op. cit., p. 20.

¹⁸¹ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 273.

¹⁸² Ibidem, p. 273-274.

A primeira é o tipo específico de objetivo desta concepção: ela deve ser aplicada apenas sobre a estrutura básica da sociedade, representada por suas principais instituições e pela maneira como se combinam num sistema unificado de cooperação social, de uma geração até a seguinte¹⁸³. Aqui, o autor utiliza-se de uma abstração para supor que a sociedade seja fechada, sem relações com outros povos¹⁸⁴, o que pode comprometer a validade de sua teoria, haja visto o infundável fluxo migratório decorrente do processo de globalização.

A segunda característica refere-se à “visão autossustentada” de uma concepção de justiça, que não deve ser considerada uma doutrina geral e abrangente¹⁸⁵, nem pode derivar de qualquer delas, não obstante possam estar, de alguma forma, relacionadas. Trata-se, pois, de uma questão de alcance: enquanto as doutrinas gerais e abrangentes têm sua aplicação estendida a todos os tipos de objeto (da conduta dos indivíduos e das relações pessoais à organização da sociedade como um todo); a concepção política, ao contrário, aplica-se somente à estrutura básica. Neste sentido:

Usando uma expressão em voga, a concepção política é um módulo, uma parte constitutiva essencial que se encaixa em várias doutrinas abrangentes razoáveis subsistentes na sociedade regulada por ela, podendo conquistar o apoio daquelas doutrinas. Isso significa que pode ser apresentada sem que se afirme, saiba ou se arrisque uma conjectura a respeito das doutrinas a que possa pertencer ou de qual delas poderá conquistar apoio. [...] **Uma concepção política tenta elaborar uma concepção razoável somente para a estrutura básica e não envolve, na medida do possível, nenhum compromisso mais amplo com qualquer outra doutrina**¹⁸⁶. (Grifo nosso)

Por fim, a terceira característica de uma concepção política de justiça é que seu conteúdo pode ser expresso por ideias e princípios fundamentais, implicitamente compartilhados na cultura política pública de uma sociedade democrática, conforme anteriormente explicado.

¹⁸³ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 54.

¹⁸⁴ De todo o modo, o relacionamento entre os povos é tratado em seu livro *The Law of Peoples* (1999), que “estende a ideia do contrato social da justiça como equidade à Sociedade dos Povos – liberais e não-liberais – com o intuito preciso de julgar os objetivos e limites da guerra justa, ou seja, para regulamentar a conduta recíproca, assegurando a coexistência pacífica dos povos.” (OLIVEIRA, Nythamar. Op. cit., p. 39).

¹⁸⁵ De acordo com Rawls, “uma concepção moral é geral quando se aplica a um amplo leque de objetivos e, em sua extrema amplitude, a todos os objetos, universalmente. É abrangente quanto trata de concepções sobre o que tem valor na vida humana, ideais de caráter pessoal, de amizade, de relações familiares e associativas, assim como muitas outras coisas que devem orientar nossa conduta e, em sua extrema amplitude, nossa vida como um todo. Uma concepção é inteiramente abrangente quando compreende todos os valores e virtudes reconhecidos dentro de um sistema articulado de forma precisa; apenas parcialmente abrangente, por sua vez, é a concepção que compreende uma série, mas nem de longe todos os valores e virtudes não-políticos, exibindo articulação mais frouxa. Muitas doutrinas religiosas e filosóficas aspiram tanto à generalidade quanto à abrangência.” (RAWLS, John. **Liberalismo político**. Op. cit., p. 56).

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 55.

Como condição de validade, a teoria rawlsiana exige que a sociedade possa ser classificada como “bem-ordenada”¹⁸⁷ e que se adote um conceito político de sociedade e de pessoa, os quais passaremos a abordar.

A sociedade é concebida como um “sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida.”¹⁸⁸ Trata-se de uma forma de articulação justa e duradoura, na qual todos os cidadãos aceitam os mesmos princípios de justiça e que as instituições básicas geralmente cumprem estes princípios. A sociedade não só é fechada, no sentido de englobar todas as ações humanas (do nascimento à morte), como também é de existência perpétua, reproduzindo a si mesma ao longo das gerações.

De acordo com Rawls, a “cooperação social” possui a seguinte estrutura:

- a) A cooperação é distinta da atividade meramente socialmente coordenada, como, por exemplo, a atividade organizada pelas ordens decretadas por uma autoridade central. **A cooperação é guiada por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, aceitos pelos indivíduos que cooperam e por eles considerados reguladores adequados de sua conduta;**
- b) A cooperação pressupõe **termos equitativos. São os termos que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os outros os aceitem.** Termos equitativos de cooperação implicam uma **ideia de reciprocidade: todos os que estão envolvidos na cooperação e fazem sua parte como as regras e procedimentos exigem, devem beneficiar-se da forma apropriada, estimando-se isso por um padrão adequado de comparação.** Uma concepção de justiça política caracteriza os termos equitativos da cooperação. Como o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, esses termos equitativos são expressos pelos princípios que especificam os direitos e deveres fundamentais no interior das principais instituições da sociedade e regulam os arranjos da justiça de fundo ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos são distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração até a seguinte;
- c) A ideia de cooperação social requer **uma ideia da vantagem racional ou do bem de cada participante.** Essa ideia de bem especifica o que aqueles envolvidos na cooperação, sejam indivíduos, famílias, associações, ou até mesmo governos de diferentes povos, estão tentando conseguir, quando o projeto é considerado de seu ponto de vista¹⁸⁹. (Grifo nosso)

Ressalta o autor que a “reciprocidade” deve ser traduzida como as ligações entre os cidadãos livres e iguais de uma sociedade bem-ordenada, regulada pelos princípios de justiça já mencionados e que se situa entre a ideia de altruísmo, voltado ao bem-estar geral, e a de benefício mútuo, no sentido da obtenção de vantagens por todos em relação à situação presente

¹⁸⁷ O próprio Rawls admite que o conceito de “sociedade bem-ordenada” apresentado em Teoria da justiça deve ser repensado: “É pouco realista por ser incoerente com a realização de seus princípios num cenário de alta previsibilidade.” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 25). Segundo o autor, este problema teria sido resolvido em O liberalismo político, em que a justiça como equidade é apresentada, desde o começo, como uma concepção política de justiça, e não como uma doutrina geral e abrangente, que a tornava incompatível com o pluralismo razoável das sociedades democráticas modernas.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 51.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 58-59.

ou futura. A justiça como equidade supõe que os indivíduos, na condição de cidadãos, têm todas as capacidades que lhes possibilitam ser membros cooperativos da sociedade. Assim, emprega uma concepção política de pessoa, extraída da cultura política pública das sociedades democráticas, que se confunde com a própria noção de cidadão.

Para determinar os termos equitativos da cooperação social, Rawls recorre à ideia de “posição original”¹⁹⁰, isto é, um artifício de representação, no qual as partes envolvidas no acordo (hipotético e a-histórico) estão simetricamente situadas na condição de pessoas livres e iguais. Não haveria, portanto, indivíduos com maior poder de barganha do que outros, muito menos a ameaça do uso da força, coerção, engodo ou fraude¹⁹¹. O fato de não se permitir que as partes conheçam a posição social, o grupo étnico, o gênero ou a doutrina abrangente específica daqueles que representam – o que o autor denomina “véu da ignorância” – contribui para evitar que favoreçam uma concepção política em detrimento de outra.

Os cidadãos, por sua vez, são considerados livres à medida que concebem a si mesmos e aos outros como detentores da capacidade moral de ter uma concepção do bem, embora nada os impeça de rever e modificar essa concepção, se assim o desejarem. Conforme exemplifica Rawls, quando os cidadãos se convertem a uma outra religião ou não professam mais uma fé religiosa, não há uma “perda da identidade pública ou institucional”, nem de sua identidade em termos de lei fundamental, isto é, eles não deixam de ser, em questões de justiça política, as pessoas que eram antes, conservando os mesmos direitos e deveres básicos¹⁹².

Percebem-se livres, também, quando se consideram “fontes autoautenticadoras de reivindicações válidas”, isto é, julgam-se no direito de fazer reivindicações a suas instituições, fundamentadas nos deveres e obrigações que têm por base sua concepção de bem e, ainda, na

¹⁹⁰ Segundo Rawls, “na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. **É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça.** Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que **ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.**” (Grifo nosso). RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

¹⁹¹ “O motivo pelo qual a posição original deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre os princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que surgem inevitavelmente nas instituições de base de qualquer sociedade, em função de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens contingentes e influências acidentais do passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que hão de regular as instituições da própria estrutura básica, no presente e no futuro. (Idem. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 66).

¹⁹² Rawls alerta que em face de mudanças abruptas, costuma-se dizer que não somos mais a mesma pessoa de antes, isto, porém, se refere a uma modificação em nossa identidade moral, em nossos compromissos e objetivos últimos, como ocorreu, por exemplo, na estrada de Damasco, quando Saulo de Tarso se transforma no apóstolo Paulo, mas não implica numa mudança em nossa identidade pública ou institucional, nem em nossa identidade pessoal. (Ibidem, p. 73-75).

doutrina moral que professam em sua vida pessoal¹⁹³. Por óbvio, o atendimento a estas reivindicações exige que sejam compatíveis com a concepção pública de justiça de uma democracia constitucional.

Por último, os cidadãos são vistos como livres quando são capazes de assumir a responsabilidade por seus objetivos, de ajustá-los à luz daquilo com que podem razoavelmente arcar e de adequar suas reivindicações àquelas permitidas pelos princípios de justiça. Assim, “supõe-se que os cidadãos devam reconhecer que o peso das suas reivindicações não é dado pela força e intensidade psicológica das suas necessidades e desejos (em oposição às suas necessidades e demandas como cidadãos), mesmo que sejam racionais do seu ponto de vista.”¹⁹⁴

Em suma, os indivíduos são considerados livres em virtude de possuírem “faculdades da razão” (de julgamento, pensamento e inferência), assim como “faculdades morais”, como a “capacidade do senso de justiça” (*i.e.*, a aptidão de entender, aplicar e agir a partir da concepção pública de justiça) e a “capacidade de uma concepção de bem” (que compreende a aptidão de formar, revisar e racionalmente perseguir uma concepção da vantagem racional pessoal, ou bem). Além disto, em razão de possuírem essas capacidades em grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade, as pessoas são consideradas iguais¹⁹⁵.

À concepção política de sociedade e de pessoa conjuga-se, ainda, a noção de “sociedade bem-ordenada”¹⁹⁶, ou seja, um “sistema social completo”, no sentido de ser o palco de toda atividade humana, e “fechado”, pois só se entra pelo nascimento e só se sai pela morte, que seja regulado efetivamente por uma concepção política e pública de justiça.

Para Rawls, bem-ordenada é a sociedade na qual cada indivíduo aceita e sabe que todos os demais aceitam os mesmos princípios de justiça (trata-se, pois, de uma concepção de justiça publicamente reconhecida). Além disto, todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica está em concordância com aqueles princípios (o que represente a ideia de regulação efetiva). E, por derradeiro, seus cidadãos têm um senso

¹⁹³ Mais uma vez, Rawls exemplifica suas proposições, afirmando que os escravos não eram considerados fontes de reivindicações, pois não se considerava que eles fossem capazes de ter deveres ou obrigações. Assim, as leis que proibiam os maus-tratos aos escravos não se baseavam em reivindicações dos próprios escravos, mas em reivindicações originadas entre os senhores de escravos ou nos interesses gerais da sociedade – nunca nos interesses dos escravos (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 76-77).

¹⁹⁴ Idem, *Justice as fairness: political not metaphysical*. Op. cit., p. 49.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 37-38.

¹⁹⁶ “[...] uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabe que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. cit., p. 05).

normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas¹⁹⁷.

O próprio Rawls admite ser este um conceito extremamente idealizado e, por isso, recorre à ideia de “equilíbrio reflexivo” a fim de calibrar a cultura política de uma sociedade democrática com este ideal normativo de sociedade bem-ordenada. Segundo Nythamar de Oliveira,

O equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*) é um método adaptado por Rawls da epistemologia analítica para a argumentação moral com o intuito de estabelecer uma coerência entre os juízos ponderados sobre casos particulares, de um lado, e o conjunto de princípios éticos e seus pressupostos teóricos, de outro (como num dispositivo procedimental que engendra regras para a ação moral). Esse tipo de procedimento é essencialmente pragmático, na medida em que evita questões metaéticas da teoria moral, isto é, não procura resolver os problemas de fundamentação da moral, como nos moldes metafísicos tradicionais, mas apenas apresenta argumentos razoavelmente defensáveis¹⁹⁸.

Vimos, até aqui, que a grande dificuldade de qualquer concepção de justiça nas democracias constitucionais é justamente conseguir o apoio livre e voluntário de, ao menos, a maioria substancial dos cidadãos politicamente ativos, dado o fato do pluralismo razoável que as caracteriza. Assim, de fundamental importância é a noção de “consenso sobreposto”, como uma alternativa para se obter a unidade social e estabilidade das sociedades modernas.

Ao contrário de outras concepções de justiça, o liberalismo político proposto por Rawls admite a existência de uma diversidade de doutrinas abrangentes e razoáveis que, embora conflitantes, aceitam compartilhar ou endossar uma concepção política de justiça. No entanto, afirma o autor que não seria possível a qualquer delas apresentar uma concepção política de justiça para um regime constitucional, em virtude de quererem impor sua única concepção de bem, divergente das demais.

Deste modo, o “consenso sobreposto” seria aquele firmado entre as várias doutrinas abrangentes razoáveis, sem que a concepção política de justiça adotada possa decorrer, ao menos diretamente, de qualquer delas. Em relação ao seu conteúdo, pode-se afirmar que o consenso sobreposto é um acordo que abarca os princípios e valores de uma concepção política de justiça (a “justiça como equidade”) e se aplica à estrutura básica da sociedade, considerada um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos racionais, livres e iguais¹⁹⁹.

Por fim, cabe uma última consideração a este respeito: Rawls afirma que, a partir das ideias fundamentais compartilhadas por meio da cultura política, é que se deve elaborar a

¹⁹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 79.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Nythamar. Op. cit., p. 15.

¹⁹⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 195.

concepção política de justiça congruente com as convicções ponderadas então existentes; porém, feito isto, os cidadãos irão, com base em suas próprias doutrinas abrangentes e razões religiosas, filosóficas ou morais, considerá-la verdadeira ou razoável. Neste sentido, adverte o autor:

Procuramos, tanto quanto possível, nem defender nem negar qualquer visão religiosa, filosófica ou moral abrangente, ou a teoria da verdade e o *status* dos valores relativos à visão em questão. Como pressupomos que todo cidadão concorda com uma delas, esperamos tornar possível a todos aceitarem a concepção política como verdadeira ou razoável, tomando como ponto de partida sua própria visão abrangente, seja ela qual for²⁰⁰.

Feitas estas considerações, passaremos à última parte deste trabalho, em que se examinará a questão da legitimidade da atuação do Poder Judiciário, diante da inércia do Executivo e do Legislativo, na concretização dos direitos fundamentais que compõem o substrato da cidadania, à luz do que foi debatido anteriormente sobre as teorias de Niklas Luhmann e John Rawls.

²⁰⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 197.

4 DIREITO E POLÍTICA: NOS TRILHOS DE UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

O conflito entre liberdade e igualdade tem sido considerado, por diversos autores, o paradigma do conflito de valores, mostrando-se como um dos mais perturbadores e desafiadores na filosofia política contemporânea, pois ambos constituem os pilares sobre os quais está fundado o Estado democrático de Direito e, por isso, o choque entre eles pode estremecer as bases de um regime político. Ademais, a afirmação histórica desses direitos, conforme visto, está intimamente ligada à consolidação do Constitucionalismo e da cidadania nas democracias contemporâneas.

No plano abstrato, a depender do modo como se concebe esses valores, pode-se chegar à conclusão de que, independentemente do que faça, uma comunidade política nunca estará segura de que tomou a decisão certa numa hipótese em que colidirem liberdade e igualdade. Por exemplo, uma sociedade de cidadãos livres deveria relegar a igualdade a um segundo plano, pois uma sociedade igualitária violaria as liberdades básicas de seus cidadãos? Ou, ao contrário, somente em uma sociedade em que há efetiva igualdade de direitos e de obrigações, seria possível o desenvolvimento pleno de todas as potencialidades humanas?²⁰¹.

Mesmo em circunstâncias concretas também é possível que, para garantir ou proteger um valor, seja necessário abandonar ou fazer concessões em relação a outro(s). Vejamos a polêmica questão do “discurso do ódio” (*hate speech*): o Estado pode privar uma pessoa da liberdade de expressão apenas por desaprovar o que ela diz, ou porque o que diz é ofensivo a outros membros da comunidade?

A Suprema Corte estadunidense tem permitido, como base no direito à liberdade de expressão (*First Amendment*), o discurso destinado a promover o ódio ou a aversão por motivos de sexo, religião, origem étnica ou nacionalidade, seja por meio de palavras faladas, mensagens escritas ou gestos. É o que se verifica no *case Snyder v. Phelps* (março de 2011)²⁰².

²⁰¹ Elucidando melhor o conflito: se entendermos que a igualdade implica no acesso universal à assistência médica, não seria admissível, portanto, permitir a morte de cidadãos por falta de atendimento na rede pública de saúde; e se não houver dinheiro suficiente para melhorar a assistência, poder-se-ia admitir um aumento da tributação dos ricos para tal financiamento ou isto violaria sua liberdade (de propriedade, de livre-iniciativa)?

²⁰² Fred Phelps e seus seguidores, membros da Igreja Batista de *Westboro*, acreditam que Deus pune os Estados Unidos por sua tolerância com a homossexualidade, especialmente dentro das Forças Armadas. Para demonstrar sua crença, Phelps e seus seguidores realizaram um piquete durante o funeral militar de Matthew Snyder, morto em combate no Iraque em 2006, com placas contendo os dizeres: “Deus odeia os EUA”, “Obrigado por 11/09”, “Obrigado, Deus, pelos soldados mortos” e “Não reze pelos EUA”. Apesar do piquete ter sido realizado num terreno público nas proximidades, não sendo possível, do cemitério, ler o que estava escrito nas placas, o pai do soldado morto sentiu-se ofendido e processou Phelps. Este, por sua vez, alegou que seu discurso estava protegido pela “cláusula do livre discurso” (liberdade de expressão) da Primeira Emenda Constitucional. Em primeira

Por outro lado, o STF, no julgamento em 2003 do *Habeas Corpus* 82.424, ajuizado pela defesa de Siegfried Ellwanger, manteve a condenação a ele imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. O paciente – escritor e sócio de uma editora – havia sido condenado pelo delito de discriminação contra judeus, consubstanciada na publicação, distribuição e venda ao público de obras de conteúdo antissemita. No entender do ministro Gilmar Mendes:

Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional brasileiro de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta no texto constitucional brasileiro. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. **Trata-se de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos**²⁰³. (Grifo nosso)

Existe, em relação a essas importantes questões políticas, fundada insegurança: não se pode saber, com certeza, se um Estado age mal quando proíbe o discurso de ódio ou racista, protegendo seus cidadãos vulneráveis, ou se age mal quando permite tal discurso, admitindo a livre manifestação do pensamento. Muitas vezes ainda, podemos oscilar entre posições opostas no mesmo tema, chegando-se ao paradoxo de nos convencer de que alguns cidadãos têm o direito de que não sejam feitos insultos e de que outros têm o direito de fazê-los!

Destacada a importância da harmonização entre os valores liberdade e igualdade para a estabilidade dos regimes democráticos e do papel exercido pelo Estado, em suas faces política e jurídica, na efetivação dos direitos fundamentais, proceder-se-á, a seguir, à análise da legitimidade da atuação do Poder Judiciário na atual conjuntura do País, marcada por um aumento na atividade normativa; pela crise da representatividade democrática; pela descrença

instância, no Distrito de *Maryland*, o réu foi condenado a pagar 5 milhões a título de indenização, mas a Corte de Apelação reverteu o julgamento, asseverando que o discurso de Phelps estava protegido pela Primeira Emenda. A Suprema Corte convalidou a decisão, por 8x1, alegando que a Igreja se referia a assuntos de interesse público, relativos à conduta moral dos Estados Unidos, não havendo qualquer relacionamento preexistente entre as partes que pudesse sugerir que o discurso tivesse a intenção de atacar a conduta pessoal de Snyder. (*UNITED States Courts. Facts and Case Summary – Snyder v. Phelps*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-snyder-v-phelps>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

²⁰³ MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016. O Ministro Marco Aurélio, voto vencido, concedia o HC, defendendo a tese da liberdade de expressão. Em sua opinião, somente estaria configurado o crime de racismo se Ellwanger, em vez de publicar um livro “no qual expõe suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo ‘morte aos judeus’, ‘vamos expulsar estes judeus do País’, ‘peguem as armas e vamos exterminá-los’. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento”. Segundo o Ministro, Ellwanger restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.

nos poderes constituídos; pela ineficácia de decisões vinculantes, normalmente em desfavor de classes menos favorecidas, entre outros graves problemas.

Cabe destacar que o protagonismo judiciário que tem despontado neste século pode ser mais facilmente constatado no âmbito de conflitos envolvendo direitos coletivos, sobretudo no que diz respeito ao controle e à implementação de políticas públicas, e direitos sociais, em se tratando de casos ligados à saúde e à educação, como a distribuição de medicamentos e a concessão de vagas em creches ou escolas públicas. Isto, por certo, suscita questionamentos quanto aos limites da interferência de um poder sobre o outro, para que não haja usurpação de funções nem desrespeito à separação dos poderes.

Destarte, com fundamento na teoria social-sistêmica proposta por Luhmann, em especial no papel atribuído à Constituição de acoplar estruturalmente direito e política, sem que, com isso, haja qualquer corrupção de seus códigos próprios, buscaremos justificar a atuação política dos juízes e tribunais nas questões de relevante interesse social e político da atualidade. Para tanto, apresentar-se-ão as diferenças entre a judicialização da política e das relações sociais e o ativismo jurídico, tendo-se sempre em mente a função política e garantidora assumida pela Constituição nas democracias modernas.

Em contraposição à abordagem sociológica de Luhmann, em moldes rigorosamente procedimentais, passar-se-á ao enfoque filosófico de Rawls, preocupado em desenvolver uma teoria capaz de fundamentar os debates sobre questões básicas de justiça na vida pública, por meio de princípios e valores que possam ser endossados por todos os cidadãos, independentemente de convicções pessoais ou particularidades ligadas à posição social, raça ou gênero. Para tanto, é imprescindível que tais decisões não resultem de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas que possam ser obtidas por meio de um ponto de vista considerado legítimo pelo consenso razoável da ampla maioria dos cidadãos.

Deste modo, a questão da justiça, para a teoria social-sistêmica, é compreendida dentro de uma racionalidade sistêmica, apartada de qualquer visão substancialista ligada à tendência de eticização, ou seja, “a justiça na sociedade moderna não pode ser estabelecida através da interpretação de uma norma ou de um valor, ou através de uma exegese do conceito de igualdade, mas sim através da análise da relação do sistema jurídico com seu ambiente.”²⁰⁴ Por outro lado, a “justiça como equidade” volta-se a uma concepção política de justiça (que

²⁰⁴ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação**. 2010. 209 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, Rio Grande do Sul, 2010, p. 209.

compreende, implicitamente, uma concepção moral), capaz de legitimar a atuação das instituições democráticas num modelo de liberalismo político (ou igualitário).

4.1 LEGITIMAÇÃO POLÍTICA DO PROTAGONISMO JUDICIÁRIO EM CONSONÂNCIA COM A VISÃO SOCIAL-SISTÊMICA

Nas últimas décadas, a regulação legislativa tem avançado sobre diversos aspectos da vida social, passando a “juridicizar” esferas de convivência e situações que antes não constavam do rol de relevância jurídica²⁰⁵. Essa multiplicação de leis passou a introduzir no sistema jurídico uma série de questões de difícil resolução, seja em razão da incoerência entre as normas ou de sua sobreposição. Surgiram, com isso, casos insolúveis no interior de um sistema que não admite o *non liquet*: “a diferenciação do direito, nesse sentido, incorpora uma variabilidade estrutural que expande as situações ‘juridicizáveis’ e os poderes do juiz. Numa palavra: ‘politiza’ a magistratura.”²⁰⁶.

A origem deste fenômeno não é recente, visto que remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, quando se alcançou um novo marco teórico, ao menos nos países da Europa continental: o “pós-positivismo”. Ao se reconhecer a insuficiência dos limites meramente formais para regular certas condutas, o direito novamente se abriu aos valores e à moral, e a Constituição passou a ser encarada não mais como uma simples carta política, responsável pela conformação estatal e pelo procedimento para produção legislativa, mas, sim, como um conjunto de normas hierarquicamente superiores que limitam a soberania popular e o poder estatal para garantir o respeito a determinados direitos e garantias, considerados fundamentais à manutenção da sociedade e do Estado²⁰⁷.

Houve, na fórmula consagrada por Konrad Hesse, atribuição de “força normativa” aos princípios e às diretrizes constitucionais que, antes, não eram aceitos como normas jurídicas

²⁰⁵ Vide, por exemplo, a Lei n. 13.010/2014 (ou “Lei da palmada”), que acrescentou o artigo 18-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a fim de proibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los (artigo 1º). Indaga-se até que ponto esta lei seria mesmo necessária ou apenas mais um caso da voracidade do Legislativo em normatizar as situações cotidianas, sem se preocupar realmente com a efetividade de suas decisões.

²⁰⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 92.

²⁰⁷ Cf. Luís Roberto Barroso (Op. cit., p. 04), “No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.”

de aplicação imediata, mas como algo que poderia ser extraído do direito positivo, sem muita densidade jurídica²⁰⁸. Mais do que simples “folhas de papel”, como pretendia Ferdinand Lassalle, as Constituições adquiriram consistência jurídica e passaram a vincular diretamente as relações entre sociedade e Estado.

A positivação de princípios e valores nas Constituições passou a encerrar limites ao poder e à supremacia da lei, pois exigiu a conformação de todo ordenamento jurídico ao programa axiológico estabelecido no texto constitucional. Além disto, permitiu o controle dos atos políticos, por haver retirado da esfera política a disponibilidade sobre certos direitos. Logo, a jurisdição assume uma função eminentemente política e garantidora que, mediante provocação, concretiza direitos fundamentais e princípios de justiça de maneira imparcial²⁰⁹.

No Brasil, a intensificação das funções institucionais do Poder Judiciário se deu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que encerrou o período ditatorial no País e criou um ambiente propício para o desenvolvimento dos direitos fundamentais então assegurados. Cabe ressaltar que nossa Constituição, considerada dirigente²¹⁰, se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, vinculando o legislador ordinário à realização de políticas públicas que contribuam para a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como para a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III da CF).

Contudo, essa proeminência da jurisdição constitucional, que passa a decidir questões político-sociais antes restritas à esfera política, ainda não foi adequadamente discutida no cenário jurídico brasileiro, a ponto de ser interpretada apenas como um meio necessário para

²⁰⁸ De acordo com Hesse, “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 7).

²⁰⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 66-69.

²¹⁰ “Constituição dirigente é o fundamento de legitimação política do Estado democrático de direito, garantindo força normativa a seus elementos e princípios – além dos direitos fundamentais individuais e sociais – conferindo-lhes caráter vinculante (político e juridicamente) e estabelecendo mecanismos de reinvidicação pela efetivação desses elementos normativos via poder judiciário, através de um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade.” (TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. et al., Op. cit., p. 276).

concretizar direitos, como uma solução para os problemas sociais ou como uma etapa necessária e indispensável para o cumprimento do texto constitucional²¹¹.

Neste aspecto, cabe advertir, em relação ao tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais acerca dos direitos fundamentais, que os doutrinadores se dividem em duas correntes: os “procedimentalistas” e os “substancialistas”. Os primeiros não reconhecem o papel de concretizador de direitos ao Judiciário, reservando-lhe a função de controle das “regras do jogo” democrático; à medida que os segundos reconhecem tal papel e veem o Judiciário como o local apropriado para a garantia de fortalecimento da democracia. No entanto, a adoção da postura substancial não se confunde com o “ativismo judicial”, eis que a efetivação dos direitos deve estar em consonância com o previsto pela Constituição, e não com critérios pessoais ou convicções morais do julgador²¹².

Explica-se: a expressão “ativismo judicial” foi empregada inicialmente para qualificar a “atuação progressista” da Suprema Corte dos Estados Unidos durante o período em que foi presidida por Earl Warren (1954-1969), no qual houve uma forte atuação da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais.

No Brasil, Clarissa Tassinari²¹³ aponta como marco da atuação progressista do STF, no sentido de alteração do texto constitucional via Poder Judiciário, o julgamento da Reclamação Constitucional n. 4.335, sobre a possibilidade de extensão, para outro caso, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que veda a progressão de regime penal para crimes hediondos, proferida em sede de controle difuso, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959. Na ocasião, à título de mutação constitucional, os votos de dois ministros atribuíram efeito *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso, contrariando o artigo 52, inciso X da CF, que prevê expressamente a competência do Senado Federal para atribuir tal efeito às decisões judiciais nestes casos.

A postura ativista, segundo Luís Roberto Barroso (note-se que antes de se tornar Ministro do STF), distancia juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproxima de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito, podendo ser traduzida por diversas ações de nossa Corte Suprema, entre as quais se destacam:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo;

²¹¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52.

²¹³ TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 24.

- b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira;
- c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde²¹⁴.

Destarte, a atuação proativa dos tribunais na interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, não pode ser confundida com a postura substancial – na verdade, autores que historicamente a defendem, como é o caso de Dworkin, apresentam inúmeras restrições a atuações ativistas por parte do Judiciário, que ameaçam usurpar as funções legislativas. Ademais, o ativismo também não se confunde com a tendência judicializante verificada nas sociedades atuais, fruto de contingências político-sociais.

Aliás, revela-se oportuno gizar os pontos fundamentais que distinguem “ativismo judicial” de “judicialização da política e das relações sociais”²¹⁵: embora ambos tenham como pressuposto o alto grau de judicialização²¹⁶ que assume o direito brasileiro no contexto de pós-redemocratização do País, aquele está associado a um “ato de vontade” do órgão julgante²¹⁷ no momento de concreção do direito, sendo uma questão ligada à interpretação da Constituição; enquanto a judicialização é um “fenômeno político”, gerado pelas democracias contemporâneas, especialmente como resultado do constitucionalismo do segundo pós-guerra e da noção de Constituição dirigente, que se propõe a estabelecer objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado – verdadeiros programas de governo.

A judicialização decorre, pois, do aumento da complexidade da sociedade e da própria crise da democracia, caracterizada pela inflação legislativa, pelo crescimento da litigiosidade social e pela inefetividade dos direitos fundamentais (sobretudo, em razão do descumprimento das disposições constitucionais por parte dos poderes majoritários). É produto

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 08-09.

²¹⁵ Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

²¹⁶ Além do aumento da quantidade de direitos constitucionalizados e de leis editadas, abrangendo, inclusive, esferas da vida privada que eram alheias à regulamentação estatal, constata-se, ainda, uma tendência em enxergar no Judiciário o lugar legítimo para a discussão de questões que, antes, eram debatidas no âmbito político.

²¹⁷ Segundo Antoine Garapon, “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.” (GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 54).

do próprio modelo político contemporâneo, podendo ser mais, ou menos, intensa de acordo com a articulação dos fatores acima mencionados²¹⁸.

Por outro lado, o ativismo revela-se como um problema exclusivamente jurídico, a ser enfrentado pela Hermenêutica Jurídica, pois está situado no âmbito interpretativo, da decisão judicial – decorre de um ato de vontade do intérprete, a partir de argumentos de política ou de moral, que rompe os limites dados pelo texto constitucional e, desta forma, aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas. Tassinari aponta os seguintes exemplos do emprego da expressão “ativismo judicial” no âmbito dos tribunais superiores brasileiros:

REsp 666419/SC – Primeira Turma – Relator: Luiz Fux – Julg.: 14/06/2005 – DJ: 27/06/2005

Caso: Discussão sobre a utilização do sistema BACEN para averiguação de conta corrente em fase de execução fiscal. O parecer foi favorável ao uso de tal sistema de penhora, nos seguintes termos: “Dessa forma, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11, da Lei n. 6.830/80. Deveras é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo, e que, por si só, torna despiendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em **ativismo** desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.”

Ativismo aparece como maior atuação do Judiciário²¹⁹. (Grifos no original)

ADPF132/RJ – Tribunal Pleno – Relator: Ayres Britto – Julg.: 05/05/2011 – Dje Pub.: 14/10/2011

Caso: Reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que “se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo” (p. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de um modo diferenciado, pois afirma: “nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual **ativismo judicial** exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”; e, ainda, “práticas de **ativismo judicial**, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omite ou retardam

²¹⁸ No entendimento de Luiz Roberto Barroso (Op. cit., p. 06), há diversas causas para o fenômeno: desde o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, até uma certa desilusão com a política majoritária, em razão de crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, agravada pelo fato de os atores políticos, para evitarem o próprio desgaste na deliberação de temas polêmicos, preferirem que o Judiciário seja a instância decisória destas questões.

²¹⁹ TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 124.

excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” (p. 261).

No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes. Celso de Mello, por sua vez, identifica o ativismo também como uma postura ativa, mas agrega o fato de que ela ocorre em cumprimento da Constituição. Ainda, aponta o ativismo como uma necessidade institucional²²⁰. (Grifos no original)

Embora se alegue que o ativismo exsurge como uma “necessidade institucional”, em razão da omissão ou do retardamento excessivo dos demais poderes públicos em cumprir as obrigações a que estão sujeitos e, assim, fazer prevalecer a primazia da Constituição, esta atuação proativa dos juízes e tribunais deslegitima o próprio Judiciário, porque muitas das discussões abarcadas pelo ativismo não se restringem à implementação de direitos fundamentais – ao revés, englobam questões políticas e sociais que ultrapassam os limites da atividade jurisdicional, permitindo que o magistrado não se baseie em argumentos jurídicos, mas em suas convicções pessoais. Neste sentido, afirma Rafael Tomaz de Oliveira:

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las. E o limite contra discricionariedade está na fundamentação (pela principiologia da Constituição), pois o juiz, na tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou seja, conforme à Constituição²²¹.

Como o ativismo judicial é sempre uma intervenção discricionária, faz-se necessário estabelecer parâmetros de legitimidade para as intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade. Segundo Campilongo, o modelo dos sistemas autopoieticos parece ser o mais ajustado para captar fenômenos como os limites estruturais do Judiciário para a escolha, o controle e a implementação de políticas públicas (e, conseqüentemente, de direitos sociais), bem como para perceber as sobrecargas de prestações que o sistema político delega ao sistema jurídico em decorrência de um desempenho ineficaz e incompleto no campo da produção legislativa, ou para compreender as implicações políticas de um ativismo judicial no campo da administração pública²²².

Isto porque os sistemas funcionalmente diferenciados, como a política e o direito, possuem uma forma específica para assimilar o *status* e as mudanças em seu ambiente, e coligar este contexto às suas operações internas de seleção, de modo a reproduzir os elementos variantes através dos elementos intrínsecos do sistema. A continuidade desta reprodução gera a estabilização do sistema, que, por sua vez, é responsável pela manutenção da complexidade da sociedade e pela evolução do próprio sistema. Esta dinâmica permite compreender as

²²⁰ TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 126.

²²¹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. et al., Op. cit., p. 297.

²²² CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 88.

interferências recíprocas que exercem os sistemas jurídico e político, por meio de “irritações”, mas sem que um determine as estruturas ou as operações do outro.

Destarte, no fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, percebe-se que o sistema jurídico absorve as influências do ambiente político (e, até, do econômico) e as processa internamente por meio do código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a integrar a sua estrutura e servem para manter sua autorreferencialidade. Este processo legitima o protagonismo judicial, pois não há ofensa aos princípios democráticos nem usurpação de funções.

4.2 A RAZÃO PÚBLICA DA CONSTITUIÇÃO COMO FATOR LEGITIMADOR DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS

A trajetória do pensamento democrático tem demonstrado que há um profundo desacordo sobre como devem ser realizados os valores da liberdade e igualdade, pilares não só do regime democrático como também da própria noção de cidadania, na estrutura básica da sociedade, isto é, em suas principais instituições políticas, econômicas e sociais, de modo a assegurar equilíbrio entre os princípios igualitários democráticos e as liberdades básicas dos cidadãos.

A situação torna-se ainda mais complexa pelo fato da cultura democrática moderna caracterizar-se por uma diversidade de concepções conflitantes e incomensuráveis do que seja “bem”²²³. O pluralismo, longe de ser uma condição histórica efêmera, é considerado pelo liberalismo político o resultado natural da própria ação humana nas instituições livres e duradouras dos Estados democráticos constitucionais. Por isso, esta teoria se julga apta para oferecer uma concepção de justiça que atenda ao consenso sobreposto²²⁴ das sociedades complexas.

²²³ Esclarece Rawls que esses bens “são as coisas de que os cidadãos necessitam como pessoas livres e iguais, e as exigências acerca desses bens são consideradas exigências válidas.” Para o autor, exemplos do que consistem os bens primários são: os direitos e liberdades fundamentais; a liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; renda e riqueza; e as bases sociais do auto-respeito. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 228.

²²⁴ “O ideal de justiça como equidade proposto por Rawls é um modelo de consenso sobreposto porque representa um exemplo de organização social justa e equitativa para as sociedades contemporâneas. [...] as tensões e as deficiências originadas pelo pluralismo existente no interior das sociedades são solucionadas pela construção de consensos que viabilizam, além de uma convivência pacífica respaldada pelo princípio da tolerância, as condições de justiça equitativa.” (ZAMBAM, Neuro José; BOFF, Salete Oro. A compreensão de sustentabilidade para uma política de desenvolvimento a partir da teoria de Rawls. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 106, p. 215-239, jan./jun. 2013, p. 223-224).

De acordo com Rawls, é preciso abdicar das visões filosóficas e religiosas abrangentes que são utilizadas, normalmente, para debater questões políticas fundamentais na vida pública, pois nenhuma delas poderia fornecer uma base publicamente reconhecida e partilhada de uma concepção adequada de justiça.

A concepção política de justiça exige que os cidadãos busquem um consenso geral, independentemente de suas visões particulares a respeito de certos assuntos que são de interesse comum, como os relacionados à justiça básica e aos valores e princípios constitucionais. Isso só é possível quando os cidadãos são imbuídos de uma “razão pública”²²⁵, isto é, quando as convicções filosóficas e religiosas dos indivíduos, no momento da deliberação, cedem lugar para “a razão dos cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição.”²²⁶

É importante ressaltar que a concepção política de justiça, enquanto interpretação de valores políticos, não nega a existência de outros valores, tampouco afirma que os valores políticos devam ser considerados separadamente dos demais. Seu objetivo é valer-se de um consenso sobreposto, incluindo todas doutrinas abrangentes e opostas que possam existir e atrair adeptos numa sociedade democrática, no intuito de solucionar as controvérsias políticas polarizadas ou, então, diminuir as divergências de opiniões. É neste sentido que:

Em contraste com o liberalismo como doutrina moral abrangente, **a justiça como equidade** tenta apresentar uma concepção de justiça política fundada nas ideias intuitivas básicas encontradas na cultura pública de uma democracia constitucional. [...] Assim, a justiça como equidade **procura identificar o núcleo de uma interface consensual, isto é, as ideias básicas compartilhadas que, elaboradas numa concepção política da justiça relevam-se suficientes para garantir um regime constitucional justo**²²⁷. (Grifo nosso)

A teoria rawlsiana visa obter uma base pública razoável para determinar a cooperação política e social na vida cotidiana, sem desconsiderar a existência do pluralismo, de maneira que cada uma das doutrinas filosóficas e religiosas abrangentes, do seu próprio ponto de vista, possa aceitar as razões públicas da justiça explicitadas pela justiça como equidade. Assim, a “unidade social e a lealdade dos cidadãos com respeito a suas instituições comuns não se funda em que todas sustentam a mesma concepção do bem, mas em que aceitam publicamente uma concepção política da justiça para regular a estrutura básica da sociedade.”²²⁸

²²⁵ “A razão pública – o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça – agora é mais bem orientada por uma concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar.” (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 51).

²²⁶ Ibidem, p. 263.

²²⁷ RAWLS, John. *Justice as fairness: political not metaphysical*. Op. cit., p. 53.

²²⁸ Ibidem, p. 56.

Poder-se-ia indagar por que os cidadãos, quando confrontados com essas questões políticas fundamentais, apelariam para uma concepção política de justiça em vez das próprias convicções filosóficas, religiosas ou morais? Bem, conforme Rawls, tendo em vista a exigência da legitimidade do exercício do poder político, o ideal de cidadania impõe um dever moral – o “dever de civilidade” – de cada cidadão em explicar aos outros como os princípios e as políticas que defende se coadunam com os valores políticos da razão pública²²⁹. Este dever de civilidade expressa o ideal de cidadãos governando a si mesmos, o ideal da política democrática.

Ainda segundo o autor, este dever implica, também, na disposição de ouvir os outros e decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os dos outros. Destarte, cada cidadão pode ter seus próprios valores decorrentes de sua doutrina abrangente, como parte da liberdade de consciência, mas caberá a cada um estabelecer a forma pela qual seus valores se coadunam com os valores do domínio político, da maneira especificada por uma concepção política de justiça. Neste ponto, Rawls apela novamente ao “equilíbrio reflexivo” para validar sua teoria:

O que a razão pública exige é que os cidadãos sejam capazes de explicar seu voto uns aos outros em termos de um **equilíbrio razoável de valores políticos públicos**, sendo reconhecido por todos que, evidentemente, a pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis professadas pelos cidadãos é considerada por eles como algo que proporciona uma base adicional e muitas vezes transcendente a esses valores. Em cada caso, a doutrina que cada qual professa é uma questão de consciência para o cidadão individual. **É verdade que o equilíbrio de valores políticos de um cidadão deve ser razoável, e um equilíbrio que possa ser considerado razoável pelos outros cidadãos;** mas nem todos os equilíbrios razoáveis são iguais. **As únicas doutrinas abrangentes que entram em choque com a razão pública são aquelas que não têm condições de sustentar um equilíbrio razoável de valores políticos**²³⁰. (Grifo nosso)

A ideia da razão pública, por sua vez, explicita os valores políticos fundamentais que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os cidadãos e a relação destes entre si. Considerando que, numa sociedade democrática constitucional, os cidadãos possuem idêntico *status* de igualdade política e que esta premissa fundamenta a organização e a atividade das instituições básicas, a razão pública possui uma dimensão essencialmente política, sintetizada pela concepção do liberalismo político da seguinte forma:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir. Portanto, **a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos**

²²⁹ RAWLS, John. *Justice as fairness: political not metaphysical*. O liberalismo político. Op. cit., p. 266.

²³⁰ Ibidem, p. 294.

ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base²³¹. (Grifo nosso)

Ademais, há de se ressaltar que existem várias razões não-públicas e apenas uma razão pública. As razões não-públicas são aquelas expressas por igrejas, universidades, sociedades científicas e grupos profissionais. Trata-se, pois, de razões sociais, que compreendem as diversas razões da sociedade civil e fazem parte da já mencionada cultura de fundo, em contraste com a cultura política pública²³².

Por outro lado, as questões e os valores invocados pela razão pública são de natureza política, envolvendo os já citados elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica, e devem ser tratados num fórum específico – o “fórum público”²³³. Deste modo, é o ideal da razão pública que deve nortear o discurso público das eleições, tanto dos parlamentares, ao apresentarem suas propostas, como dos cidadãos, ao pautarem suas escolhas a respeito daquelas questões.

Rawls distingue, ainda, uma modalidade especial de fórum público: os “fóruns oficiais”, constituídos por pessoas investidas de autoridade (como os legisladores, membros do Executivo, magistrados), que ocupam posições políticas relevantes e privilegiadas do ponto de vista discursivo²³⁴. Dentre os fóruns oficiais, merece destaque o do Judiciário, pois os juízes devem justificar suas decisões com base em sua compreensão da Constituição e do arcabouço normativo, mantendo a coerência entre as prescrições normativas e os princípios e valores de justiça. “O papel essencial do tribunal faz dele um caso exemplar de razão pública.”²³⁵

Sendo assim, num regime que admite o controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*), para Rawls, **a razão pública é a razão de seu Supremo Tribunal**, detentor da missão de interpretar e aplicar a Constituição de forma harmônica, com o intuito de solucionar os problemas mais relevantes e, com isso, efetivar as condições de justiça. Zambam e Boff vão além e afirmam que: “A constituição de um país é a materialização e a síntese mais importante da razão pública em torno da qual se podem estabelecer acordos e garantias indispensáveis para as condições de justiça.”²³⁶

²³¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 261.

²³² Ibidem, p. 266.

²³³ “[...] o ideal de razão pública aplica-se aos cidadãos quando atuam na argumentação política no fórum público e, por isso, também aos membros dos partidos políticos e aos candidatos em campanha, assim como a outros grupos que os apoiam. Aplica-se igualmente à forma pela qual os cidadãos devem votar nas eleições, quando os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica estão em jogo.” Ibidem, p. 264.

²³⁴ TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal (STF) como *locus* da razão pública. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Ano 4, v. 8, p. 213-232, maio/ago., 2014, p. 227.

²³⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 265.

²³⁶ ZAMBAM, Neuro José; BOFF, Salete Oro. Op. cit., p. 223.

Ao afirmar que a Suprema Corte dos Estados Unidos é a instituição exemplar da razão pública, Rawls quer dizer que o tribunal, enquanto intérprete judicial supremo da Constituição, deve recorrer aos valores políticos abrangidos pela concepção política e pública de justiça, ou, ao menos, que se acredite serem parte dela, e não aos valores exclusivamente morais, compreendidos em doutrinas filosóficas ou religiosas abrangentes. Adverte o autor:

É claro que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, isto sim, apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública. Estes são valores nos quais acreditam de boa-fé, como requer o dever da civilidade, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem²³⁷. (Grifo nosso)

Destarte, não é necessário que haja um consenso integral entre os julgadores na análise das questões políticas e sociais mais relevantes para a sociedade, mas, sim, que ao julgá-las, os tribunais possam fazê-lo à luz da concepção política e pública de justiça, apelando para aqueles valores que acreditam, de boa-fé, fazerem parte dela. Trata-se, na verdade, de valores e ideais que integram a razão pública, os quais se espera que todos os cidadãos razoáveis e racionais possam endossar e compartilhar. Assim, pode-se afirmar que o que Rawls defende é um procedimento apropriado de interpretação e aplicação da Constituição, consistente com os princípios de justiça de um Estado democrático de direito.

Ademais, diante de alterações constitucionais, legítimas ou não, ou de leis que possam conter divergências ou contradições em relação à ordem prevista na Constituição, é papel da Suprema Corte adotar uma solução baseada em princípios e valores políticos da justiça e da razão pública, preservando os princípios de justiça de influências ideológico-partidárias. “Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem.”²³⁸

Ao direcionar a atenção pública para as questões constitucionais básicas discutidas no âmbito da Corte, o tribunal acaba por assumir, também, o papel pedagógico de educar os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.

Educar para o exercício da democracia e da cidadania representa a dinâmica de um ordenamento social baseado na razão pública formada por valores políticos em condições de gerir e decidir as principais controvérsias sociais e, ao mesmo tempo, refletir e ajustar a convivência entre as partes e fortalecer as instituições. **A missão de interpretar é fundamental para a justiça porque as questões mais importantes são decididas segundo critérios políticos e valores reconhecidos pelo público.** Uma interpretação válida não precisa ser unânime, mas demonstrar essencialmente a

²³⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 287.

²³⁸ Ibidem, Op. cit., p. p. 284.

integração dos valores constitucionais e o compromisso com um ordenamento justo que possa ser defendido de boa-fé²³⁹.

A educação moral de uma sociedade representa o compromisso de suas instituições básicas e de seus cidadãos com valores políticos fundamentais, que compõem a convicção política de uma sociedade bem-ordenada e legitimam seu funcionamento a longo prazo. Cabe frisar que tais valores precisam ser bem apreendidos e elucidados pelas autoridades do Estado (os três Poderes) e responsáveis pelas instituições mais importantes, dentre as quais se destaca o Supremo Tribunal. Daí sua função de explicitar a razão pública e educar os cidadãos para os valores e princípios democráticos.

Enfim, no atual contexto de exacerbada litigiosidade social associada à tendência de judicialização da política e das relações sociais, acentuadas por uma crise da democracia (em especial, de representatividade), a atividade jurisdicional assume uma relevante função assecuratória de direitos e garantias fundamentais. No entanto, este protagonismo judicial deve ser exercido com cautela, para que a ânsia pela concretização das promessas constitucionais não possa suplantar as diretrizes básicas da própria Constituição!

Destarte, procurou-se demonstrar, neste trabalho, duas teorias que, apesar de apresentarem diferentes focos de abordagem, sendo a teoria luhmanniana mais sociológica e explicativa e a teoria rawlsiana mais filosófica, ambas possuem uma preocupação em comum: encontrar as bases de uma justificativa adequada e razoável para a manutenção da estabilidade e legitimidade das instituições democráticas (em especial dos poderes constituídos) diante da complexidade das sociedades modernas e de tantas divergências entre os cidadãos, profundamente divididos por diferentes visões de mundo.

Ademais, pode-se afirmar que as duas teorias se complementam, uma vez que a racionalidade sistêmica de Luhmann se volta às questões “procedimentais”, buscando justificar a interação entre a política e o direito por meio da judicialização, entendida como produto do modelo democrático constitucional implementado no Pós-guerra; à medida que a justiça como equidade de Rawls se preocupa com o consenso social em torno de valores políticos comuns, formando a denominada “razão pública”, capaz de fundamentar as decisões judiciais nas controvérsias de maior interesse social e político de uma sociedade.

Pode-se deduzir, ainda, como fulcro no que fora anteriormente exposto, que ambas teorias parecem repudiar o ativismo, desqualificando-o como um instrumento válido para concretização de direitos fundamentais, seja porque ele corrompe a estabilidade do sistema, ao

²³⁹ ZAMBAM, Neuro José; BOFF, Salete Oro. Op. cit., p. 225.

admitir que elementos externos interfiram diretamente na estrutura ou nas operações do sistema jurídico, seja pelo fato de que ele decorre de um ato de vontade do intérprete, consoante suas próprias convicções pessoais ou políticas (nascidas das doutrinas filosóficas, religiosas ou morais), de modo que as decisões acabam partindo de argumentos morais, que extrapolam os limites traçados pela ordem constitucional (ou pela razão pública).

Assim, pode-se concluir que, nos termos propostos por Luhmann, o Judiciário é o local apropriado para o enfrentamento das questões políticas fundamentais, decorrentes da judicialização da política e das relações sociais emergente no período pós-guerra, em países europeus, e mais recentemente, em países periféricos, mas os julgadores, ao interpretarem a Constituição e o arcabouço normativo, devem se valer da razão pública, idealizada por Rawls como o conjunto de valores políticos consagrados por uma sociedade formada por cidadãos livres e iguais.

Cabe ressaltar que os dois autores estrangeiros desenvolveram suas teorias dentro de contextos sociais, políticos e econômicos diversos daqueles verificados em países como o nosso (sobretudo, no que tange às condições de (des)igualdade) e, por isso, não seria adequada a aplicação direta do seu pensamento à nossa realidade sem a devida adaptação de certos pontos. Todavia, o que se pretende, com esta pesquisa, é apresentar um norte para iniciar as discussões a partir de teorias que consideramos consistentes e bem fundamentadas, não obstante as críticas que possam receber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, podemos concluir que o recrudescimento da desigualdade, em nível mundial, torna ainda mais complicada a construção de espaços efetivos para o exercício dos direitos que compõem o núcleo da cidadania, porém, de forma alguma, autorizam a conclusão de que esta é uma tarefa impossível e que, infelizmente, terá que ser posta de lado.

Certamente, a solução para o problema da cidadania perpassa pelo enfrentamento das questões relacionadas à distribuição desigual em todas as dimensões, não bastando afirmar a “luta pela liberdade e pela igualdade”, se as condições mínimas para um igualitarismo democrático estiverem perdidas no discurso político-ideológico.

Neste cenário, o Estado, normalmente execrado pelas mazelas da sociedade pelos adeptos do liberalismo econômico, pode desempenhar um papel fundamental, na visão do liberalismo político, por meio de sua face jurídica, no sentido de realizar a justiça equitativa em meio a tantas desigualdades sociais.

Explica-se: com o final da Segunda Guerra Mundial e a comoção internacional pelas vítimas dos massacres cometidos por regimes autodeclarados “democráticos constitucionais”, mas que se mostravam completamente totalitários e arbitrários, desenvolveu-se o marco teórico do pós-positivismo, que reaproximou o direito dos valores morais.

O valor simbólico da Constituição, enquanto carta política sem maior densidade jurídica, tal qual uma declaração de direitos, cedeu lugar à força normativa da ordem constitucional, que passou a ser considerada um conjunto de normas e princípios superiores, tendentes a limitar o poder estatal em prol dos direitos e garantias dos cidadãos.

Como consequência desta conformação do ordenamento jurídico ao programa axiológico estabelecido no texto constitucional, a jurisdição assume uma função eminentemente política e garantidora que, mediante provocação e de maneira imparcial, deve concretizar os princípios de justiça.

No entanto, em países periféricos, como o Brasil, constatam-se grandes dificuldades na construção da cidadania, sobretudo em razão da relativa impossibilidade do direito se impor, com generalidade, a todas as camadas da população.

Historicamente, o Judiciário, em especial após o fim do regime ditatorial e com a redemocratização política, e mais recentemente, na última década deste século, adquiriu uma função de destaque no atendimento das demandas sociais, decorrentes em boa parte da constitucionalização abrangente e analítica que se consolidou no País. Cada vez mais, questões

centrais para a sociedade são decididas no âmbito deste poder em detrimento das instâncias majoritárias, palco tradicional destes debates, por representar a vontade popular, em tese ao menos.

Assim, diante dos questionamentos sobre a legitimidade do protagonismo judicial, em face da crise de representatividade que assola os regimes democráticos, que tentamos solucionar por meio teoria sistêmica-social de Nicklas Luhmann sobre o inter-relacionamento entre o direito e a política, bem como pelo liberalismo político de John Rawls, dedicado a encontrar uma concepção política de justiça capaz de obter o consenso sobreposto da maioria dos cidadãos livres e iguais de uma sociedade democrática constitucional, pode-se destacar como principais resultados desta pesquisa os seguintes:

1. Constatou-se um *déficit* de legitimação nas democracias ocidentais, desde a década de 1950 do século XX, decorrente do aumento exponencial dos índices de desigualdade socioeconômica, mesmo em países da modernidade central, como os da Europa e os Estados Unidos, o que tem afetado sensivelmente o âmago dos regimes democráticos. Em países da modernidade periférica, como o Brasil, ainda que se verifique uma tendência de diminuição dos níveis de desigualdade, que pode ser explicada pelo aumento da renda dos mais pobres em razão de políticas públicas assistencialistas, a desigualdade ainda produz impacto negativo sobre o núcleo da cidadania, que é a igualdade de oportunidades, de consideração e respeito. Neste ponto, é comum a indagação: uma sociedade de cidadãos livres poderia relegar a igualdade a um segundo plano ou, ao contrário, somente em uma sociedade em que há efetiva igualdade de direitos e deveres, seria possível o desenvolvimento pleno de todas as potencialidades humanas?
2. Embora o conflito entre os valores da liberdade e igualdade pareça ser insolúvel, atestou-se que o equívoco daqueles que alegam a inconciliabilidade entre os referidos valores, como Berlin, resume-se em insistir na independência absoluta dos valores, o que provocaria uma inevitável colisão entre eles em certas situações, quando, na verdade, os valores devem ser vistos, sob uma perspectiva holística, como interdependentes. Assim, preferiu-se a concepção de liberdade esboçada por Dworkin, segundo a qual é possível decidir o que a liberdade exige e quando deve ser sacrificada, levando-se em consideração os direitos que as pessoas têm. A concepção de igualdade, por sua vez, deve ser entendida sob o prisma da “igualdade na liberdade”, ou seja, da igualdade perante a lei (*i. e.*, todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis) e da igualdade dos direitos (igual gozo por parte dos cidadãos de direitos fundamentais

- constitucionalmente garantidos), a fim de que cada um possa fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros;
3. Feitas tais considerações acerca da liberdade e da igualdade, dois importantes pilares do Estado democrático de direito, optou-se pela definição de cidadania, tal como proposta por Marshall, ou seja, enquanto *status* político universalmente atribuído aos participantes de uma comunidade democrática e preenchido por um complexo quadro de direitos civis, políticos e sociais acoplados paulatinamente ao longo dos séculos, por entendê-la a mais apropriada para compreender por que as diferenças das classes sociais, sobretudo em razão das desigualdades econômicas existentes no sistema capitalista, podem ser aceitáveis, desde que a igualdade de oportunidades do gozo de direitos seja reconhecida a todos os cidadãos de uma mesma sociedade;
 4. Verificou-se que, na Inglaterra, a sociedade civil havia criado, desde os primórdios de sua conformação, um ambiente amadurecido em relação à garantia dos direitos civis, que apareciam como efetivas conquistas provenientes de uma forte mobilização social, constituindo a base para a posterior consolidação dos direitos políticos e, por fim, dos direitos sociais. Já, no Brasil, a configuração da cidadania se deu numa ordem completamente diferente: primeiro, vieram os direitos sociais e, depois, os direitos políticos, ambos em momentos de autoritarismo político, e, por último, os direitos civis. Embora não exista um único caminho, já que cada país segue sua própria trajetória, é certo que caminhos diferentes afetam o tipo de cidadão e, conseqüentemente, o tipo de democracia que se gera, especialmente quando a inversão na sequência é completa. Assim, este fato pode ser apontado como uma das causas da dificuldade que o povo brasileiro apresenta para se organizar de maneira autônoma em relação ao Estado, o que impede sua emancipação e favorece uma visão corporativista dos interesses coletivos;
 5. Considerando-se a legalidade como o conjunto de operações do Estado determinado não apenas pela lei, mas, também, pela Constituição e pela efetividade das decisões judiciais, concluiu-se que a crise da legalidade implica necessariamente numa crise de constitucionalidade, uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade, em que o exercício da soberania estatal é bloqueado pelos interesses privados. Uma das razões para esta crise é o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente. Disto resulta o surgimento de “subcidadãos”, que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas, ou seja, embora lhes faltem as condições

reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal; e “sobrecidadãos”, titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas que não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades – sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental, ou seja, usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses;

6. Observou-se que dois dos graves problemas das democracias modernas – a crise da legalidade e a inflação legislativa – são fenômenos correlatos, porém distintos em aspectos relevantes. Enquanto esta não é exclusividade dos países periféricos, uma vez que, de um modo geral, tem-se percebido um aumento na atividade regulamentadora do Parlamento em comparação com outros períodos históricos, sobretudo após o surgimento de demandas de cunho coletivo e transindividual; por outro lado, aquela é um problema mais particularmente ligado aos países periféricos, como é o caso da América Latina que, além de sofrer os influxos do excesso de leis, padece também com o problema de sua inefetividade. Deste modo, uma das consequências desta crise, agravada pela crise de representatividade e pela perda de credibilidade dos poderes constituídos, é justamente o protagonismo judicial nas discussões políticas, sociais e morais de assuntos controvertidos e de grande interesse da sociedade, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes, que, embora legitimados para a tomada de decisões nos casos que lhes são apresentados, são admitidos nos órgãos públicos por meio da aprovação em concurso de provas e títulos;
7. A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann mostra-se como um das mais adequadas, do ponto de vista procedimental, para delimitar a atuação do Poder Judiciário na resolução das referidas questões, pois permite perceber as sobrecargas de prestações que o sistema político delega ao sistema jurídico em razão de seu desempenho ineficaz e incompleto no campo da produção legislativa, ou ainda, compreender as implicações políticas de um ativismo judicial no campo da administração pública.
8. Em resumo, destaca-se os principais pontos de sua teoria: Luhmann compreende a sociedade moderna como um grande sistema social, caracterizado pelo alto grau de complexidade e pela diferenciação funcional de seus subsistemas, entre eles: o direito e a política. Como cada sistema possui códigos próprios (estruturados de forma binária),

programas específicos e operações particulares, que o distinguem dos demais e possibilitam sua autorreprodução, a partir de seus próprios elementos e estruturas internas, afirma-se que os sistemas são “operacionalmente fechados”. Por outro lado, como os sistemas parciais sofrem influências e interferências de outros sistemas e, também, do ambiente, pode-se dizer que há uma “abertura cognitiva”, que permite a adaptação dos sistemas às constantes transformações sociais, além de sua consequente evolução;

9. Embora haja semelhança na estrutura e na forma de funcionamento dos sistemas, pôde-se constatar uma diferenciação funcional entre o sistema político e o jurídico nos seguintes termos: o legislador e o administrador controlam sua agenda decisória; prestam contas ao eleitorado, demandando que levem em consideração a opinião pública; tomam decisões programantes e globais, operacionalizadas num contexto de complexidade e contingência elevadas, mas que são passíveis de correções posteriores; e são eleitos por intermédio do voto popular. Já o juiz não tem qualquer controle sobre as causas que têm acesso ao Judiciário, devendo sempre decidir sobre todas aquelas que lhe são apresentadas; o fundamento para suas decisões encontra-se no ordenamento jurídico, e não na vontade popular; suas decisões são programadas e fragmentárias, isto é, atuam num contexto de complexidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação do direito, porém estão circunscritas aos limites da lide proposta pelas partes e não há controle sobre o impacto que causam; e, por fim, os juízes ingressam na carreira, em regra, mediante concurso público;
10. Assim, apesar da autonomia operacional e da diferenciação de funções dos sistemas jurídico e político, observou-se que o nexos entre eles pôde ser facilmente identificado pela influência recíproca que exercem: os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos por meio de um poder político organizado que toma decisões coletivamente vinculantes e, sob outro ângulo, tais decisões devem sua obrigatoriedade à forma jurídica da qual se revestem, bem como à consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente, sobretudo à Constituição. É a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito;
11. Concluiu-se, ainda, que o “acoplamento estrutural” que interliga os sistemas jurídico e político cabe, no Estado democrático de direito, à Constituição – ela o faz filtrando as influências do ambiente (e de outros subsistemas) e as reintroduzindo no interior de cada sistema, utilizando a comunicação própria daquele sistema. Isto impede ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos e vice-

versa. Por exemplo, a Constituição viabiliza a inserção do código lícito/ilícito no interior do sistema político, evitando, com isso, a imposição de interesses particulares no âmbito da política, e, ao institucionalizar a divisão do poder e os direitos fundamentais, impede a sobreposição do código poder/não-poder sobre os demais. A Constituição assume, portanto, destacada relevância na inter-relação entre os sistemas jurídico e político, sobretudo em face do atual paradigma de “politização da magistratura”;

12. Ademais, mostrou-se fundamental à compreensão da teoria luhmanniana a distinção feita entre ativismo judicial e judicialização da política e das relações sociais: o primeiro é tido como um ato de vontade do juiz, que rompe com os limites dados pelo texto constitucional e o aplica a situações não expressamente contempladas; já a judicialização é um fenômeno político, inerente às democracias modernas, que decorre, sobretudo, de Constituições dirigentes, preocupadas em dispor sobre programas de governo. Enquanto a judicialização representa um fator de legitimação do Judiciário perante a sociedade, eis que se revela como local apropriado para o enfrentamento das questões concretas por ela apresentadas; o ativismo deslegitima sua ação, porque faz com que predomine as instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas. Deste modo, pôde-se concluir que a função política do Judiciário seria promover o acoplamento estrutural entre o direito e a política, por intermédio da aplicação da Constituição, de modo que as interferências de um sistema sejam devidamente processadas por operações internas do outro, sem que houvesse usurpação de funções próprias (ou corrupção de códigos), mas uma influência e interdependência recíprocas entre eles;
13. Ao se analisar o contexto do liberalismo político, algumas reflexões foram necessárias, como a evolução da “cultura das liberdades”, do próprio conceito de democracia e dos fundamentos do Estado liberal. Assim, a partir da tipologia apresentada por Fioravanti para perscrutar a afirmação das liberdades no contexto da desenvolvimento dos Estados liberais, com fulcro na interdependência e influência recíproca dos fatos históricos, políticos e jurídicos, chegou-se às seguintes conclusões quanto ao processo de concretização da cidadania no Brasil: contrariamente à Inglaterra, exemplo do modelo historicista, marcado pela gradual evolução das liberdades públicas do Medievo à Idade Moderna, e à França, exemplo do modelo individualista, caracterizado pela ruptura com a ordem feudal e estratificada de sociedade e de governo, preconizada pelas declarações de direitos e codificações liberais, frutos de revolução social, em nosso País, os direitos resultam da ordenação estatal que ora alarga o rol, ora o diminui, conforme a orientação

- política dominante e os fins que almeja, o que poderia, muito bem, servir de exemplo do modelo estatalista, em que o Estado representa um papel fundamental na concretização dos direitos básicos;
14. Num segundo momento, após a análise da evolução do conceito de democracia, constatou-se a diferença entre sua conotação para os “antigos” e para os “modernos”, eis que, apesar de ambas descenderem do mesmo princípio da soberania popular, na Antiguidade Clássica e nas cidades medievais, adotava-se o que, atualmente, denominamos “democracia direta”, em que as decisões fundamentais eram tomadas pelos cidadãos reunidos em assembleia, e, nos Estados modernos, vige a “democracia representativa”, em que, não obstante o poder permaneça com o povo, ele é realizado por seus representantes eleitos, cujas decisões podem ser legitimadas posteriormente por meio de plebiscito ou de *referendum*. Verificou-se, ainda, que a intensificação da participação direta do povo (ou, ao menos, sua influência) nas decisões políticas, por meio das manifestações coletivas e de movimentos organizados de segmentos da sociedade, fez surgir um novo processo de democratização da sociedade, identificada como “democracia participativa”;
 15. Ao examinar os fundamentos do Estado liberal, considerado não somente pressuposto histórico, mas, também, jurídico do Estado democrático moderno, percebeu-se que o pensamento liberal impõe limites aos poderes e às funções do Estado, por meio da garantia dos direitos naturais e invioláveis, com o fito de defender o cidadão contra qualquer abuso ou excesso de poder. Destarte, a doutrina liberal, enquanto teoria política, defende Estado de direito (*i.e.*, aquele em que os poderes públicos são regulados por normas gerais preestabelecidas e que devem ser exercidos nos parâmetros legais) e o Estado mínimo (não apenas contrário à intervenção do poder político nos negócios econômicos, mas, também, na esfera ético-religiosa dos indivíduos). Já o Estado democrático de direito possui um *plus*, qual seja a existência de certos fins e valores que devem nortear a atuação estatal, de modo que a própria lei deve subordinar-se aos limites materiais reconhecidos pela ordem constitucional;
 16. Apesar da hipotética inconciliabilidade entre a democracia – um regime político pautado pelo princípio da soberania popular, que conduz à ideia de organicidade –, e o liberalismo, baseado no individualismo e na autonomia da pessoa, averiguou-se que ambos são plenamente compatíveis e, mesmo, imprescindíveis para a concretização dos direitos fundamentais nas sociedades modernas. Atualmente, pode-se afirmar que a interdependência entre ambos é tamanha, a ponto de não mais se conceber Estados

- liberais não-democráticos, nem Estados democráticos que não sejam também liberais (sob o ponto de vista político);
17. Constatou-se, ainda, que a teoria da justiça elaborada por John Rawls, erigida sobre as bases do liberalismo político e destinada às sociedades democráticas modernas, também se mostra adequada para oferecer diretrizes às instituições sociais, políticas e econômicas, em especial para fundamentar as decisões judiciais mais relevantes para o interesse dos cidadãos, em conformidade com os valores da liberdade e da igualdade, de modo que ambos possam ser razoavelmente satisfeitos. Reconhecendo o pluralismo e a existência de doutrinas conflitantes e incomensuráveis, resultado natural da própria ação humana nas instituições livres e duradouras dos Estados democráticos constitucionais, o autor afasta, de plano, concepções religiosas e metafísicas, privilegiando uma concepção pública de justiça conforme valores morais e políticos, que possa ser endossada por todos os cidadãos, independentemente de suas convicções particulares (o chamado “consenso sobreposto”);
 18. Nota-se que a concepção política de justiça formulada por Rawls implica numa forma de articulação justa e duradoura, na qual todos os cidadãos aceitam os mesmos princípios de justiça, pois sabem que os demais também o fazem, e a estrutura básica da sociedade, em regra, os cumpre. Os princípios da “justiça como equidade” despontam como mais apropriados à natureza democrática dos cidadãos do que outros princípios de justiça, porque asseguram os meios adequados para que haja a distribuição equitativa dos bens primários a todas as pessoas. Neste sentido, o princípio da “igual liberdade”, que implica na universalidade e inviolabilidade dos direitos e liberdades básicas (e reafirma a igualdade política decorrente do *status* da cidadania), sempre irá prevalecer sobre os princípios da “igualdade equitativa de oportunidade” e da “diferença”, que admitem as desigualdades sociais e econômicas, na medida em que promovam benefícios para todos, em particular para os menos favorecidos;
 19. Constata-se que Rawls desenvolveu sua teoria com a finalidade específica de que fosse aplicada somente à estrutura básica da sociedade, representada por suas principais instituições, distinguindo-a das doutrinas gerais e abrangentes, que podem ser aplicadas a todos os tipos de objeto – da conduta dos indivíduos e das relações pessoais à organização da sociedade como um todo. Além disto, o autor faz questão de frisar que sua concepção política de justiça deve ser expressa por ideias e princípios compartilhados pela cultura política pública de uma sociedade democrática (a denominada “razão pública”), o que lhe confere a legitimidade necessária;

20. Em suma, pode-se afirmar, em relação à teoria rawlsiana de justiça, que a concepção política de pessoa, enquanto cidadãos livres e iguais, que fundamenta a concepção política de sociedade (a “sociedade bem ordenada”), vista como sistema equitativo de cooperação social, no qual os termos equitativos são acordados pelos próprios cidadãos, equivale à ideia de indivíduos que possuem o mesmo *status* de cidadania, elaborada por Marshall décadas antes. O autor recorre, ainda, ao contratualismo para definir os termos equitativos deste acordo hipotético, com sua ideia de “posição original”, um artifício de representação, no qual as partes envolvidas estão simetricamente situadas na condição de pessoas livres e iguais, de modo que nenhum indivíduo possui maior poder de barganha do que outros, nem haveria ameaça do uso da força, coerção, engodo ou fraude. Assim, pode-se afirmar que a teoria rawlsiana visa obter uma base pública razoável para determinar a cooperação política e social na vida cotidiana, sem desconsiderar a existência do pluralismo, de modo que cada uma das doutrinas filosóficas e religiosas abrangentes, do seu próprio ponto de vista, possa aceitar as razões públicas da justiça explicitadas pela justiça como equidade;
21. Por fim, é interessante, ainda, destacar o papel que o Supremo Tribunal desempenha nas sociedades democráticas constitucionais: para Rawls, a Corte, enquanto intérprete judicial supremo da Constituição, deve recorrer aos valores políticos abrangidos pela concepção política e pública de justiça para solucionar as controvérsias mais relevantes para a sociedade, e não aos valores exclusivamente morais e pessoais de seus julgadores. Trata-se, na verdade, de valores e ideais que integram a razão pública, os quais se espera que todos os cidadãos razoáveis e racionais possam endossar e partilhar;
22. Destarte, apesar do enfoque mais procedimentalista de Luhmann em contraste com o enfoque mais substancialista de Rawls, ambos compreendem o fenômeno da judicialização como algo legítimo nas sociedades democráticas modernas, ao passo que desqualificam, ainda que indiretamente, o ativismo judicial, seja porque ele corrompe a estabilidade do sistema, ao admitir que elementos externos interfiram diretamente na estrutura ou nas operações do sistema jurídico; seja pelo fato de que ele decorre de um ato de vontade do intérprete, consoante suas próprias convicções pessoais ou políticas (nascidas das doutrinas filosóficas, religiosas ou morais), de modo que as decisões acabam partindo de argumentos morais, que extrapolam os limites traçados pela ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. Cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229/2014, p. 433-446, mar. 2014, DTR/2014/700.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, ativismo e efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Ano 2, v. 2, p. 95-119, jan./jun. 2012.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. Tempo Social, **Rev. Sociol. USP**, São Paulo, Ano 13(2), p. 185-200, nov. 2001.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Antônio José de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a Humanidade: uma Antologia de Ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BIBLIOTECA virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COLOMBO, Sylvia. Simpatia do brasileiro é um mito, diz sociólogo Manuel Castells. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 maio 2015, Poder. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1630173-internet-so-evidencia-violencia-social-brasileira-afirma-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Quem tem medo do povo? **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 mar. 2007, Caderno A1 - Tendências e Debates.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Tradução de Loura Silveira feita a partir da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes. Le Livre de*

Poche, Collection Pluriel, Paris, 1980. Disponível em:
<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMO, Pedro. **Cidadania tutelada e cidadania assistida**. Campinas: Autores Associados, 1995.

DÍAS, Elías. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 1, n. 1, jun-1995. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, n.109. São Paulo: RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. Teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPADA, João Carlos. **Direitos sociais de cidadania**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1999.

FARIZA, Ignacio. Desigualdade social: 1% da população mundial concentra metade de toda a riqueza do planeta. **EL PAÍS Brasil**, Madri, 17 out. 2015, Economia. Disponível em:
<http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/13/economia/1444760736_267255.html>. Acesso em: 27 jan. 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2009.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCIA HERRERA, Miguel Angel. *Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional*. In: **Corrupción y Estado de Derecho - El papel de la jurisdicción**. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GASPARDO, Murilo. O papel dos tribunais na efetivação dos direitos sociais diante do esvaziamento do circuito governo/parlamento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 38, n. 121, p.252-272, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2011/08/26/revista-121-ano-xxxviii-marco-2011/>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

GORCZEVSKI, Clóvis; MARTIN, Nuria Beloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Rio Grande do Sul: EDUNISC, 2011.

GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e sistemas de governo: uma alternativa para a democracia brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEPORE, Jill. *Richer and Poorer: Accounting for inequality.* In: *The New Yorker, Annals of Society.* Mar. 16, 2015.

LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 4, n. 4, p.1-20, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/4/showToc>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución. Traducción y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte.* Barcelona: Ediciones Ariel, s/d.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINELLI, Dante Pinheiro (Org.). et al. **Teoria geral dos sistemas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. CASTRO, Fábio Avila de. **O Topo da Distribuição de Renda no Brasil: Primeiras Estimativas com Dados Tributários e**

Comparação com Pesquisas Domiciliares (2006-2012). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 58, n. 1, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582015000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jan. 2016.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Estado Democrático de Direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 253-275.

O'DONNELL, Guilherme. Sobre o Estado, a Democratização e Alguns Problemas Conceituais. In: **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 36, julho-1993.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições Brasileiras e Cidadania**. São Paulo: Ática, 1987.

RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Organização Samuel Freeman. Tradução Fábio M. Said. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Justice as fairness: political not metaphysical*. **Philosophy and public affairs**, v. 14, 3, 1985. Tradução de Régis de Castro Andrade. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 25-59, 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n25/a03n25.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. Democracia e cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 137-151, jan./mar. 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) – UNISINOS**, Rio Grande do Sul, v. 8, n. 1, p. 94-107, jan./abr. 2016.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação**. 2010. 209 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, Rio Grande do Sul, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHERER, Elenise F. Classes populares e ampliação da cidadania. **Serviço social e sociedade**, São Paulo, ano VIII, n. 23, p. 25-44, abr. 1987.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução Fernando Santos. Revisão da tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos humanos. **Educação e Filosofia**, Uberlândia, v. 14, n. 27/28, p. 39-46, jan./jun. e jul./dez. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de Excesso (*Übermaverbot*) à Proibição de proteção deficiente (*Untermaverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Separata vol. LXXX. Coimbra, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Felipe Cavaliere; CUNHA, José Ricardo. O debate Mouffe x Rawls: do liberalismo igualitário à democracia radical. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) – UNISINOS**, Rio Grande do Sul, v. 7, n. 2, p.166-175, maio/ago. 2015.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst., 2012, Curitiba – PR, **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba – PR, ABDCConst., 2013, p. 267 a 306.

_____; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 71-92.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal (STF) como *locus* da razão pública. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, Ano 4, v. 8, p. 213-232, maio/ago., 2014.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UNITED States Courts. Facts and Case Summary – Snyder v. Phelps. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-snyder-v-phelps>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLAS BÔAS, Bruno. VETTORAZZO, Lucas. Desigualdade recua pelo 10º ano, mas ciclo dá sinais de esgotamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 nov. 2015, Mercado 1, A21.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAMBAM, Neuro José; BOFF, Salete Oro. A compreensão de sustentabilidade para uma política de desenvolvimento a partir da teoria de Rawls. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 106, p. 215-239, jan./jun. 2013.