



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v6i1.431>

O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO, NEOCONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW, NEOCONSTITUTIONALISM AND PUBLIC POLICIES

<i>Recebido em:</i>	18/04/2018
<i>Aprovado em:</i>	25/06/2018

Sérgio Urquhart de Cademartori ¹

RESUMO

Este artigo pretende dar conta de forma sintética de três questões: a) a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito; b) o chamado modelo neoconstitucional do Estado e do Direito; e c) as condições de possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas dentro deste último modelo normativo. Para tanto, dentre as várias propostas teóricas para equacionamento dessa forma de controle, espousa a postulação garantista por entendê-la mais adequada à realidade constitucional contemporânea.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; garantismo; controle judicial de políticas públicas.

¹ Pós-doutorado junto à Unisinos (RS); Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990); Professor visitante do doutorado da Universidade de Granada e da Universidade Técnica de Lisboa; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário La Salle - Canoas. Endereço eletrônico: sergio.cademartori@unilasalle.edu.br



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

ABSTRACT

This article intends to summarize three questions: a) the passage from the Legislative State of Law to the Constitutional State of Law; b) the so-called neoconstitutional model of the State and Law; and c) the conditions of possibility of judicial control of public policies within this last normative model. To this end, among the various theoretical proposals for the equation of this form of control, we is the Guarantor postulation for understanding it more appropriate to the contemporary constitutional reality.

Keywords: Neo-constitutionalism; guarantee; judicial control of public policies.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade examinar as possíveis fontes de legitimação do aparato judicial no que diz respeito à sua atividade de controle de políticas públicas no Estado de direito, principalmente aquelas voltadas à implementação de direitos fundamentais sociais.

O fato é que, dentre os compromissos estabelecidos pelas constituições contemporâneas com os seus destinatários - os titulares de direitos fundamentais - aqueles que se referem à satisfação de expectativas com relação às suas necessidades, ou seja, os direitos sociais, são os que têm encontrado maior quantidade de problemas em sua concretização, com o consequente risco de deslegitimação do sistema.

Com efeito, a formulação e implementação de políticas públicas destinadas ao adimplemento das obrigações estatais voltadas à melhoria das condições de vida das pessoas tem-se tornado uma das mais relevantes questões a desafiar tanto os operadores quanto os teóricos do direito.

Questões tais como o fornecimento de medicamentos fora de lista, obras de saneamento básico, universalização do ensino, renda mínima, modicidade de tarifas, enfim, todas aquelas que tocam aos serviços públicos, erigem-se hoje, no âmbito do direito



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

público, como um formidável desafio a ser pronta e diligentemente enfrentado por todos os que, desde cada um dos ditos poderes do Estado, assumem (en)cargos públicos.

Sendo o Estado de direito, do ponto de vista funcional, um conjunto de aparatos voltados à satisfação dos direitos fundamentais, condição de asseguramento do mínimo existencial, perde aquele sua legitimidade quando seus operadores falham no cumprimento dessa finalidade.

O problema é: ante a omissão da administração pública na implementação de suas obrigações fundamentais quanto aos direitos sociais, ou seja, na posta em operação de políticas públicas para plena e correta satisfação desses direitos, pode o Judiciário intervir de maneira positiva, obrigando os administradores a agir?

O problema é menos singelo do que parece, e tem suscitado vigorosas discussões não só na doutrina quanto na jurisprudência (por todos, cf. Appio, 2005; e Barcellos, 2007; na jurisprudência, o Relatório do Min.Celso de Mello na ADPF 45/2004, dentre inúmeros outros).

De qualquer sorte, assumida que seja a premissa de que deve o Judiciário intervir ante a omissão administrativa (pressuposto do qual se parte neste trabalho), resta a questão de indagar qual a legitimidade de um órgão não eleito (a magistratura) para intervir em seara tradicionalmente reservada à esfera política, qual seja a das escolhas de prioridades e critérios de conveniência e oportunidade na realização de políticas destinadas à preservação da dignidade humana.

Para discutir essa questão, este trabalho iniciará com uma descrição sucinta do Estado de Direito em suas vertentes legal e constitucional, analisando a partir daí o constitucionalismo contemporâneo – designado pela doutrina majoritária como neoconstitucionalismo – para posteriormente examinar as discussões teóricas sobre a legitimidade da função jurisdicional no controle das políticas públicas, privilegiando-se aí o modelo garantista.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal e que determina a aparição do modelo constitucional de Estado encontra-se diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal (BOBBIO, 1995). Essa crise manifesta-se em dois vetores que provocarão e afinal permitirão superar esse modelo jurídico-político:

a) em primeiro lugar, é de assinalar-se que o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Por trás desta vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder (FERRAJOLI, 1995). As dificuldades do Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras décadas do século XX ao verificarem-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua *praxis* social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado;

b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é ele parte do conflito social. A norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais (PEÑA, 1997).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O *déficit* de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do carácter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição, isto é,..." viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución." (PEÑA, 1997).

Esta reconfiguração do ordenamento jurídico supõe em última análise o redimensionamento do princípio da legalidade. Perante a definição inicial de submissão do poder público à lei, agora tratar-se-á da submissão de todo o poder do Estado ao Direito.

Tal afirmação implica, além disso, a superação de outra redução jurídica causada pelo positivismo: a redução do Direito à lei e do jurídico ao legislativo (OLIVEIRA JR.; MORATO LEITE, 1996).

Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o carácter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado (PEÑA, 1997). As normas constitucionais são vinculantes — de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal — e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

normas constitucionais — pelo menos em condições de normalidade — e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.

De fato, nos sistemas com Constituições rígidas não é possível a disposição, por parte dos poderes majoritários, da norma constitucional (CANOTILHO; MOREIRA, 1991). As hipóteses de modificação da Constituição supõem a aparição de um novo poder—o constituinte — ordenado pela própria Constituição e que age segundo um procedimento específico para a reforma constitucional, qualificado com respeito ao procedimento ordinário de elaboração legislativa. O conceito de *rigidez constitucional* é assim explanado por Canotilho:

“Doutrinalmente, designa-se por rigidez constitucional justamente a existência de limites à revisão constitucional, que distinguem a alteração da lei fundamental em relação à alteração das demais leis. É o que sucede com a CRP, tal como, de resto, com a quase totalidade das constituições contemporâneas vigentes. A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A Constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode alterá-la, livremente e em qualquer momento” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991) .

De outro lado, como diz Peña, a atividade dos órgãos encarregados do controle constitucional não pode ser considerada dispositiva, mas interpretativa (PEÑA, 1997).

O constitucionalismo do século XX é uma tentativa de superar a debilidade estrutural do



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

âmbito jurídico. A afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez (MENDES, 1990) e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como são os direitos fundamentais, são signos deste processo.

Afirma-se, em conseqüência, que a forma constitucional cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de *esfera do indecível*) (FERRAJOLI, 1997) : a sua própria forma de exercício — submetida ao Direito, democrática, de garantia — e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1991).

No entanto, permanece sem solução o problema da formalidade ou inefetividade dos limites jurídicos, agora constitucionais, ao poder. E é que, dado que foi utilizada uma forma jurídica — a constitucional — como limite ao poder do Estado, pode-se entender como reproduzido o temor ao esvaziamento formal da norma legal, agora em sede constitucional. O problema da mera formalidade da lei no Estado legislativo reproduz-se agora com respeito ao poder constituinte e coloca em relevo, novamente, a natureza convencional da forma jurídica constitucional (PEÑA, 1997).

Com efeito, do ponto de vista fenomenológico, é evidente que todos os limites legais ou constitucionais impostos ao poder político estão nas mãos daqueles que exercem tal poder. Assim, a possibilidade de supressão de tais limites não está nunca descartada de uma vez para sempre. Desta forma, seria possível a impugnação do que aqui foi dito, afirmando-se a inocuidade e a inefetividade dos limites jurídicos ao poder (CANOTILHO, 1991).

No entanto, impugnar a garantia jurídica na sua totalidade, por entendê-la ineficaz em casos extremos, é incorrer numa falácia de generalização apressada, isto é, generalizar uma conclusão pontual e somente válida sob as condições nas quais se extrai, mas não



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

necessariamente sob outras condições. Com efeito, concluir que a garantia constitucional é ineficaz em todos os casos somente porque o é sob determinadas circunstâncias — por exemplo, perante um poder violento expandido, é generalizar uma conclusão parcial e contextualizada e deduzir a desnecessidade da insuficiência (PEÑA, 1997)

O reconhecimento de um conjunto de direitos colocados num plano supralegal e a sua garantia a partir de procedimentos especiais ou de instituições concretas são percebidos socialmente como dados relevantes que alimentam a sensibilidade pessoal, com respeito a esses valores, que possa ter cada indivíduo (PEÑA, 1997). Como diz Ferrajoli (1995), a única *garantia material* concebível é o que ele denomina *garantia social* como condição social de efetividade de todo ordenamento constitucional e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas. Consiste no sentimento que cada pessoa possui de seus próprios direitos, da sua identidade e dignidade enquanto cidadão, de onde deriva a sua disposição para a luta, para a defesa e realização dos direitos vitais próprios e alheios, individuais e coletivos. Somente pela pressuposição desta garantia pessoal podem funcionar as declarações e limitações constitucionais.

De fato, se urna norma constitucional, no contexto dos sistemas jurídicos atuais, nunca poderá ser absolutamente eficaz, tampouco poder-se-á dizer que a mesma carecerá totalmente de eficácia (SILVA, 1992).

De qualquer sorte, está-se assim perante um soberano que, além de estar subordinado a uma forma de agir (somente pode manifestar a sua vontade por meio da lei), vê-se impedido de violar certos *conteúdos*, postos pela sociedade que o funda como intocáveis. Como se viu acima, esses conteúdos são denominados “direitos fundamentais”.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

Esse panorama evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da idéia política de democracia representativa — cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo — dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como “Estado Democrático de Direito”, que tem como característica a constitucionalização de Direitos estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.

Esses direitos naturais positivados, ora em diante denominados “direitos fundamentais”, passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza (BOBBIO, 1992). A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação desses direitos por meio de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados por meio daqueles.

O NEOCONSTITUCIONALISMO

A emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos vêm a delinear um novo modelo teórico e normativo que se convencionou denominar “modelo pós-positivista” ou “neoconstitucionalismo”. Por neoconstitucionalismo deve-se entender o seguinte (PEÑA, 2004):

- a) um conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam o poder do estado e protegem os direitos fundamentais;

“El argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *Bill of rights*, o sea, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, es decir, por el juez de las leyes. [...]”(POZZOLO, 2003).

b) a ideologia que sustenta esse modelo de organização;

c) enquanto teoria do direito, é o discurso descritivo que a constitucionalização implicou para as categorias centrais de seu objeto, tais como direito subjetivo, norma, interpretação etc.;

d) enquanto método, colocar-se-ia em sentido oposto ao do positivismo, ao reivindicar a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral.

A primeira característica a ser apontada, e que já está evidente na própria palavra a ser analisada, é o reenvio ao ‘constitucionalismo’ (BARBERIS, 2003), considerado como corrente jusfilosófica que se ocupa com os limites ao poder político, combinado com uma visão antipositivista² (POZZOLO, 2003; BARBERIS, 2003).

A crítica ao positivismo jurídico é argumento comum nas diferentes leituras sobre o neoconstitucionalismo. Elas apontam para a incapacidade daquele para lidar com o moderno Estado constitucional (POZZOLO, 2003). Neste sentido, Prieto Sanchís destaca que esse novo constitucionalismo “ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico” (2007).

² Segundo Pozzolo “Si bien el neoconstitucionalismo afirma que existe una incompatibilidad entre positivismo jurídico y Derecho del Estado constitucional, hay que recordar que ‘constitucionalismo’ y ‘iuspositivismo’ presentan fuertes conexiones: [...]”(POZZOLO, 2003) .



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

De qualquer forma, como se viu, neste novo modelo sobleva o papel que a constituição desempenha, como norma superior e central dos ordenamentos.

As constituições tornam-se então níveis normativos superiores e vinculantes a todos os poderes do Estado, principalmente aos legisladores, obtendo verdadeira força normativa.

Ora, dentro deste novo perfil jurídico-político não são todos os estados que se enquadram; de fato, somente aqueles que perfazem as condições de constitucionalização. Vejamos sucintamente, pelas mãos de Guastini (2003), quais são essas condições:

1) *existência de uma constituição rígida*, ou seja, com modificação dificultada e contendo um núcleo imodificável (cláusulas pétreas);

2) *existência de garantia jurisdicional da constituição*, ou seja, de controles judiciais de constitucionalidade, dos quais conhecemos os modelos americano e europeu ou kelseniano, além do modelo misto, adotado por nós;

3) *força vinculante da constituição*, a qual deixa de ser mera carta de ordenação de poder e passa a impor proibições (quanto às liberdades) e obrigações (quanto aos direitos sociais) aos poderes;

4) *a supra-interpretação da constituição* ou seja a sua interpretação extensiva para do seu texto extrair princípios implícitos e decorrentes do regime adotado pela mesma (art. 5º § 2º);

5) *aplicação direta das normas constitucionais*, de forma que naquilo que ela prevê em termos de garantia de direitos a interposição de tarefa legislativa torna-se redundante (art. 5º, § 1º); As Constituições elaboradas neste contexto apresentam, segundo Sastre Ariza, além da condição normativa e garantida, as características de seu conteúdo. O autor explica que a primeira condição remete ao processo de normatização da Constituição e ao fato de que esta deixou “[...] de ser considerada una norma con un **valor meramente**



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativa y operar como una auténtica norma jurídica **con eficacia directa e inmediata**. [...]” (2003) (grifo acrescentado).

6) *interpretação conforme das leis*, por força da qual se houver uma possibilidade interpretativa que harmonize o texto legal com a constituição, dentre outros resultados hermenêuticos, aquela deve ser adotada, com vedação destes;

7) *influência da constituição sobre as relações políticas*, relativizando-se assim o princípio da chamada divisão ou separação de poderes, já que em sede de direitos fundamentais todos os poderes estão vinculados ao cumprimento das diretrizes constitucionais. Neste sentido o constitucionalismo contemporâneo traz como novidade a convergência dos elementos das tradições constitucionais norte-americana e a da Revolução Francesa, combinando um forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional de forma que

De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; [...] De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría , pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.” (PRIETO SANCHÍS, 2003)



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

Ao considerar a exigibilidade judicial das normas materiais Figueroa chama atenção para os efeitos políticos desta mudança, afirmando que “ [...] la consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial” . O autor ressalta ainda que esta transferência de poder é vista por alguns autores como uma grave lesão ao princípio democrático (2003). No entanto, considerando a teoria da argumentação jurídica, ele argumenta ser esta mudança “[...] un elemento esencial para la reconciliación del principio democrático y la tutela de los derechos fundamentales en la institucionalización de los derechos humanos del Estado constitucional democrático. [...]”(GARCÍA FIGUEROA, 2003).

O termo neoconstitucionalismo, na abordagem de Luis Prieto Sanchís (2003) pode ser analisado como segue:

- a) Em primeiro lugar, neoconstitucionalismo pode encarnar um certo tipo de Estado de Direito , designando portanto o modelo institucional de uma determinada forma de organização política.
- b) Em segundo, o neoconstitucionalismo é também uma teoria do Direito , mais concretamente aquela teoria apta para explicar as características de tal modelo.
- c) Finalmente, por neoconstitucionalismo cabe entender a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada.

Como espécie do Estado de direito, a estrutura jurídico-política enfocada pelo neoconstitucionalismo é o reino do poder limitado, de caráter instrumental e voltado à satisfação dos bens e interesses superiores da sociedade.

Como teoria jurídica, para Prieto Sanchís (2003), o neoconstitucionalismo está criando uma nova teoria do Direito , cujos traços mais fortes caberia resumir nestas 5 epígrafes:

- 1) mais princípios do que regras;



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

2) mais ponderação do que subsunção;

3) onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar;

4) coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e de sucessivas opções legislativas.

5) onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário.

Com efeito, dada a nova configuração das normas constitucionais surge outra característica do neoconstitucionalismo, que consiste na ênfase e importância dada ao papel dos juízes, ao judicialismo que “[...] reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; [...]” (PRIETO SANCHÍS, 2007).

Assim, a essas características, e em função da existência de princípios em colisão, poder-se-ia acrescentar: *mais argumentação do que interpretação*, dada a vocação igualmente relevante de normas com pretensão de regular casos concretos.

A positivação de valores “[...] a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas [...]” (POZZOLO, 2003) e a dificuldade de precisar estas normas com alta carga valorativa (SASTRE ARIZA, 2003) leva à utilização de certas ferramentas de interpretação, como é o caso da ponderação (PRIETOSANCHÍS, 2003). Assim, “[...] la teoría de los principios remite en última instancia a una teoría de la argumentación jurídica, [...]”. (GARCÍA FIGUEROA, 2003). Para Carbonell

Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad,



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos [...] el principio *pro personae*, etcétera. (CARBONELL, 2007)

NEOCONSTITUCIONALISMO E OBJEÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

Em grandes linhas, modelo é o que foi até agora delineado.

Vimos também que surge uma nova abordagem teórica para explicá-lo.

Detenhamo-nos agora um pouco sobre os problemas e debates suscitados pela implantação desse modelo. O que parece no momento mais relevante e complexo é o que diz com a relação entre Estado de direito e decisão das maiorias.

Como se viu, nesse modelo o poder do juiz de obrigar o administrador democraticamente eleito a realizar políticas públicas parece não só aceitável como necessário.

Isto posto, ao limitar o poder das maiorias, é o neoconstitucionalismo antidemocrático? Ou seja, devem-se admitir limites constitucionais à capacidade de deliberação dos cidadãos e ao poder de decisão das maiorias?

Recorda Peña (2003) que a finalidade do Estado constitucional é realizar ou satisfazer os direitos básicos que estabelecem uma reserva blindada através da primazia da constituição, da rigidez constitucional e o caráter normativo das constituições.

Aqui, diz o autor espanhol, ganha relevo o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, o caráter fortemente contra-majoritário do poder de um juiz ou tribunal, órgãos geralmente não eleitos nem responsáveis politicamente.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

O constitucionalismo tem então um ajuste de contas com o que se denomina objeção contra-majoritária, a qual afeta tanto a constituição quanto ao seu caráter normativo.

Muitas respostas foram articuladas para resolver essa aparente contradição, desde a de Alexy, que legitima a intervenção dos juízes na implementação de políticas públicas com base naquilo que ele denomina de ‘legitimidade argumentativa’ dos juízes em contraste com a legitimidade democrática do legislador, até a “leitura moral da constituição” de Dworkin, que entende que decisões transcendentais a respeito do Estado de Direito devem ficar a cargo de Tribunais Constitucionais despidos de preconceitos morais e assumindo como sua a moral constitucional.

A PROPOSTA GARANTISTA

Dentre as várias tentativas de dar conta do problema, ressalta aquela elaborada por Ferrajoli (1995) quem, ao abordar a estrutura e função do Estado de direito, propõe a distinção entre condições formais e substanciais de validade ou legitimidade das decisões políticas: aquelas referem-se a *quem* e *como* decide dentro da estrutura política delineada pela constituição: ora, no Estado de direito são as maiorias decidindo por maioria. Assim, os representantes do poder majoritário estariam legitimados a tomar decisões sobre políticas públicas. Acontece que ao par dessas condições formais, existem as referidas condições *substanciais*, que apontam para conteúdos, ou seja, *sobre o que se pode ou não decidir*, estabelecendo em matéria de liberdades uma esfera de indecidibilidade para as maiorias (ou seus representantes), e *sobre o que não se pode deixar de decidir*, estabelecendo obrigações para os representantes do poder majoritário em matéria de direitos sociais. Isto vai conformar uma obrigação de formular e aplicar políticas públicas para concretização desses direitos.

Já do ponto de vista funcional, o Estado de direito é entendido como uma teleocracia ordenada e dirigida à garantia de um catálogo de direitos fundamentais



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

constitucionalmente declarados, o que exige que todos os poderes, públicos e privados, sejam compelidos à garantia dos direitos fundamentais, tanto liberais quanto sociais.

Assim, ante a omissão do órgão administrativo no cumprimento de sua obrigação constitucional, tem o judiciário não só o direito, mas o dever de agir no suprimento dessa omissão.

Revela-se assim o caráter falacioso dos argumentos que, em nome da separação de poderes, visa a estabelecer uma restrição à atuação judicial em sua função de compelir a administração pública a implementar direitos sociais através de políticas públicas adequadas.

A legitimidade de sua função decorre não do princípio da soberania popular (referida às condições formais das decisões), mas do Estado de direito, entendido como estrutura de poder instrumentalizada ao estabelecimento de garantias para concretização dos direitos fundamentais.

Pode-se assim falar em legitimidade formal, derivada da consagração da regra da maioria, e em legitimidade substancial, apoiada na efetiva implementação de direitos.

Deve-se assim denunciar a indevida redução da democracia à idéia de soberania popular, já que esta apenas diz com as condições formais de decisão, como antes mencionado. Sem as condições substanciais da democracia, referida aos limites e obrigações materiais que são impostas pela constituição aos eventuais detentores do poder, não se terá uma democracia, já que esta na atualidade só pode ser entendida como democracia constitucional, isto é, com a limitação do poder das maiorias como um de seus traços constitutivos.

REFERÊNCIAS

APPIO, E. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i1.431>

BARCELLOS, A.P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, nº 15, jan/mar 2007.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

____ **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

____ **Teoria general del derecho**. Bogotá: Themis, 1987.

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

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

____. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

GUASTINI, R. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano, in CARBONELL, M. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

PEÑA, A. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

____ Constitucionalismo garantista y democracia, in **Crítica Jurídica** nº 22, 2003. Curitiba: Unibrasil, 2004.

OLIVEIRA JR., J.A.; MORATO LEITE, J.R. (orgs.) **Cidadania Coletiva**. Florianópolis: CPGD/Paralelo 27, 1996.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, V. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra ed., 1991.

MENDES, G.F. **Controle de constitucionalidade**. São paulo: Saraiva, 1990.

FERRAJOLI, L. O direito como sistema de garantias, in OLIVEIRA JR. J. A. (org.) **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.