

CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO: A PERSPECTIVA DE UM OLHAR CONVERGENTE

**POLITICAL CONSTITUTIONALISM AND LEGAL CONSTITUTIONALISM:
PERSPECTIVE ON CONVERGENT THINKING**

CARINA BARBOSA GOUVÊA¹

RESUMO

Toda lógica do constitucionalismo ou a sua principal consideração se destina a promover a constrição do poder, principalmente pelo olhar da instituição do modelo político. O principal foco de consideração nesta estrutura é o desenho institucional, ou seja, a organização e o alicerce do desenvolvimento das atividades estatais de maneira que ela previna a arbitrariedade e que este exercício não seja desempenhado por um determinado grupo em detrimento do interesse dos demais. A concepção moderna realinhou sua definição para enquadrá-lo na forma do arquétipo jurídico, onde o sentido se desdobra para a promoção e garantia dos direitos, com seu eixo principal destinado a realização da justiça. Este trabalho pretende auxiliar nesta vertente, pois atribuir uma primazia ao campo da teoria constitucional voltada especificamente à abordagem do constitucionalismo jurídico, orientada para a garantia de direitos, acaba por negligenciar a dimensão do sistema político que se apresenta como uma questão ainda insuperada. O objetivo que se propõe é evidenciar uma relação de complementariedade entre o constitucionalismo político e jurídico rumo à efetividade dos direitos constitucionais. A problemática que se apresenta e se torna um grande desafio é: a mera a enunciação dos direitos é suficiente para prover um mínimo de eficácia, efetividade que vai envolver necessariamente a dimensão do poder? São duas as fases que se sucedem no tempo; ou já encerramos a dimensão do constitucionalismo político e devemos pensar somente a dimensão do jurídico; ou, ainda, são duas vertentes que se complementam necessariamente? Como apresentado na narrativa, o pretender constitucional necessita estar apto a promoção de avanços para a consolidação da democracia, o que nos convida a cogitar sobre a complementariedade dos modelos apresentados, para que o desenho institucional compreenda outras estratégias que reclamation, de fato, a efetividade dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo político; Constitucionalismo jurídico; Desenho institucional; Direitos fundamentais

ABSTRACT

All logic of constitutionalism or its main consideration is fated to promote constriction of power, especially by the look of the institution of the political model. The principal focus of consideration in this structure is the institutional design, ie, the organization and the foundation of the development of state activities so that it prevents arbitrariness and that this exercise not perpetrated by one group at the expense of the interest of others. The modern

¹ Carina Barbosa Gouvêa, Doutoranda em Direito da Universidade Estácio de Sá – Orientanda da Professora Doutora Vanice Regina Lírio do Valle. E-mail: carinagouvea25@gmail.com.

conception realigned its definition to frame it in the form of legal archetype, where meaning unfolds to the promotion and guarantee of rights, with its main axis destined for the realization of justice. This paper aims to assist in this aspect, since assigning a priority to the field of constitutional theory geared specifically to addressing the legal constitutionalism, oriented for guarantee of rights, neglects the dimension of the political system that appears as a still unsurpassed question. The objective it pursues is to evidence a relationship of complementarity between political and legal constitutionalism toward the effectiveness of constitutional rights. Are there two stages that follow themselves in time? or, if political constitutionalism's dimension was ended, should we think only on legal constitutionalism's dimension? Or, even, are two strands that necessarily complement each other? As presented in the narrative, the constitutional pretension needs to be able to promote advances towards the consolidation of democracy, which invites us to think about the complementarity of the presented models, so that institutional design embraces other strategies claiming, in fact, the effectiveness rights.

KEYWORDS: Political constitutionalism; Legal constitutionalism; Institutional design; Fundamental rights.

1 MODELOS DE CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA: COMPREENDENDO AS MANIFESTAÇÕES

Tomando a senda da história, desde logo, cumpre salientar que a conquista dos direitos humanos é processo dinâmico que acompanha a trajetória da humanidade. Por seu turno, como se demonstrará ao longo do estudo, a supremacia da Constituição da República persiste como desafio, cuja incorporação ao imaginário da vida sócio-política requer a reiteração doutrinária² sobre o compromisso axiológico do Texto Fundante – do qual decorrerá a funcionalização do poder dele decorrente (BOBBIO, 2007, p. 15), através da proteção constitucional a esses mesmos direitos.

Nesse movimento evolutivo, por interferência da sociedade organizada, paulatinamente superou-se uma primeira fase de afirmação pura e simples do direito, avançando em busca de seus reflexos na prática do poder político organizado, mediante a materialização dos direitos fundamentais.

Nesse esforço reflexivo, cumpre ter em conta que, mesmo os tradicionais direitos fundamentais, associados à garantia da liberdade e segurança jurídica, e com longo percurso

² A afirmação desse caráter subordinante da Constituição repercutiu inicialmente no Brasil na obra pioneira de BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

histórico de maturação, têm hoje fortalecido seu alcance e sentido³, no contexto de fenômenos contemporâneos e abrangentes, como a globalização, a sociedade do conhecimento, a aceleração tecnológica, entre outros tantos. Nesse passo, atualizar o conteúdo de cada qual dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões, sob a perspectiva de sua máxima efetividade subsiste como desafio que extrapola a mera enunciação (GOUVÊA; VALLE, 2011, p. 6846-6861).

Num esforço de sistematização o exame da evolução dos direitos humanos facilita a compreensão da trajetória da sociedade humana: a rigor, sua no ocidente traduz o desenvolvimento de lutas contra o arbítrio, as quais deram origem a uma linha de pensamento humanista, incorporada de forma gradativa, primeiro às ideias políticas e, em seguida, ao plano jurídico (CARVALHO, 2009, p.20).

Os movimentos econômicos, sociais e culturais e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito (MIRANDA, 2011, p.31). Ponto importante da viragem, foi a Revolução Francesa, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que trouxe essa noção para o âmbito jurídico em 1789 (MIRANDA, 2011, p.31).

A máquina política e administrativa do Estado constitucional reforça a institucionalização do poder político; da soberania nacional; una e indivisível, a sua unidade; o povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres (MIRANDA, 2011, p.31).

O olhar a partir desta normatização passa então a centralizar-se na perspectiva interna do Estado, com a formalização do contrato social, que reconhece a ampliação do exercício do poder eleito pela coletividade e a figura do Estado como executor das normas jurídicas. Através deste instrumento técnico-jurídico torna-se a Constituição: um princípio de legalidade, uma declaração de direitos, além de delinear a separação dos poderes e a representação política (MIRANDA, 2011, p.31).

O constitucionalismo foi utilizado de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, ideias centrais da Revolução Francesa, os poderes constituídos do Estado, que embora liberais, não serão ainda democráticas, não sendo do rei ou do povo, mas do Estado, como o direito (BERCOVICI, 2004, p.5).

O constitucionalismo político consagra num instrumento jurídico os objetivos da política. Os direitos fundamentais devem ser proclamados na Constituição, como sinal de bons propósitos, ressaltando que tais estes não possuem força de obrigação jurídica para os

³ Cita-se como exemplo as discussões de temas relevantes na Corte Constitucional Brasileira, como a união homoafetiva, a pesquisa de células-tronco cujo debate tem ampliado o sentido e alcance dos direitos fundamentais.

governantes, nem revelam-se aptos à reivindicação pela via judicial, ficando os mesmos subordinados a aprovação de leis que definirão normas e obrigações (DALLARI, 2010, p. 27). São princípios que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao Estado (BERCOVICI, 2004, p. 5).

A Constituição em sentido jurídico consubstancia este documento como norma suprema de eficácia imediata, pressupondo a existência de estabilidade sócio-política, teve por base a realidade comunitária ao invés de uma doutrina política ou proposta teórica, fazendo parte deste conteúdo, as crenças o apego a determinado valor e ideal, bem como as considerações racionais do povo e governantes (DALLARI, 2010, p. 27). A mais importante lógica deste constitucionalismo está voltada para a arquitetura do poder como meio de materialização da democracia e luta contra o arbítrio.

As mudanças no constitucionalismo possuem duas ideias forças paradigmáticas na política e no Direito os direitos humanos e a democracia (MOREIRA NETO, 2011, p. 71). Importante perceber nestas mudanças as construções que revestem entre funções do Estado e no Estado. A inserção do elemento valorativo finalístico vai reverter a lógica do constitucionalismo clássico, na medida em que se passa a exigir do poder, não só a observância dos parâmetros procedimentais, mas também com as finalidades que propõe.

Estas mutações jurídicas, que ocorreram no Estado moderno conforme Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2011, p. 72), tem a tarefa de construir um modelo de organização política menos autoritária, mais eficiente, controlada, mais humana, como requerem as instituições políticas que incorporem os valores políticos pós-modernos.

A partir da segunda metade do século XX abre-se espaço para uma reavaliação contemporânea das relações que mantém os dois históricos atores da política e do Direito: a sociedade e o Estado. E nesta compreensão do complexo mundo jurídico contemporâneo que emergiu em tempos de transição política, se propõe um Estado Democrático de Direito, desenhado com suas correspondentes funções e promovendo a importância do desenho institucional.

A Constituição, para Bercovici (BERCOVICI, 2004, p. 9-10) se apresenta como sendo do Estado e da sociedade e a esta se manifesta para além do poder constituinte, por meio de uma política constitucional. Esta ideia garante sua dinamicidade e não se limita mais a sua normatividade, portanto a teoria material da constituição permite compreender a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais.

2 DESENHO INSTITUCIONAL: DA ORGANIZAÇÃO A SUA FINALIDADE

As funções do Estado no constitucionalismo clássico, podem ser percebidos através do modelo constitucional inaugurado pelo modelo estadunidense que inovaria, não apenas com uma revisão analítica dos órgãos detentores do poder, mas nas definições da natureza das funções afetadas ao Estado especificando as suas respectivas atribuições. Esta abertura permite não só a limitação do poder, como a distribuição entre distintos órgãos, onde encontrará vez uma rede de controle recíprocos entre os complexos orgânicos então instituídos (MOREIRA NETO, 2011, p. 78).

O desenho institucional foi projetado primeiramente para organizar o Estado, seja na definição de suas competências, atribuindo funções aos órgãos específicos. Este princípio de tripartição, não somente veda a criação de novos mecanismos e atividades, limitando ainda um possível desenvolvimento de novas alternativas de controles recíprocos o que hoje é uma crescente exigência ditada pela complexidade de atribuições no Estado contemporâneo. A rigor, *checks and balances* ampliou as possibilidades de Montesquieu.

Neste sistema cada um as funções desempenhadas possui uma concentração gradual e consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais necessários e os motivos para não interferência no exercício de suas atuações (GARDNER, 2005, pp.293-317). Vão equiparar os vários atores que compõem o sistema do governo, de autonomia e autoridade para exercício de suas atribuições e vão atribuir mecanismos de defesa para que este desempenho seja pleno.

Quanto ao constitucionalismo jurídico a partir da supremacia dos direitos humanos, possuir uma dupla caracterização, tanto estatal, constitucionalizada, como extra-estatal globalizada, e se perfaz em direitos fundamentais. O que possibilitou a releitura do princípio da tripartição de poderes, com o intuito de permitir o desenvolvimento de novos tipos de funções constitucionais (MOREIRA NETO, 2011, p. 78), dirigidas a uma realização direta, eficaz e legítima destes direitos e da democracia, que vieram ampliar a participação da sociedade no exercício do poder do Estado.

Rompia-se assim um paradigma, segundo a qual todas as atribuições deveriam estar ao redor da lei e sempre contida em algum dos complexos orgânicos tradicionais (MOREIRA, 2011, p. 79) - Executivo, Legislativo e Judiciário, para uma dimensão global do Direito através de uma avançada ordem, com proteção da pessoa humana e à afirmação da democracia.

A separação dos poderes pode contribuir de várias maneiras diferentes para atingir a meta constitucional definitiva de boa governança. Um bom desenho estatal criará instituições constitucionais que têm uma relação de auto reforço com as pré-existentes organizações sociais e políticas da sociedade.

No erigir da constituição, a dimensão liberal, social ou democrática, estão interligadas, condicionando mutualmente. O significado da carta não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem a pretensão de criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma destas funções pode ser entendida de forma isolada ou absolutizada (BERCOVICI, 2004, p. 10).

A própria ideia de “eficiência” institucional é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substantivos (ACKERMAN, 2009, p. 6), o que propõe Ackerman⁴ ao indagar sobre as ideias de legitimidade: separação de poder em nome de quê? Primeiramente, as separações e funções perseguem o ideal de democracia, servindo ou impedindo o projeto populista de autogoverno; o segundo está ligado a competência constitucional, as leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial; o terceiro constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

Desta lição teórica o enriquecimento tem predominância na possibilidade de aprendizagem que abre para novas perspectivas e que dimensiona a velha “ fórmula da separação dos poderes”, pois não há nenhuma razão para supor esgotamento, muito pelo contrário. O cenário não pode simplesmente salvaguardar participativos de cada cidadão, uma instância da justiça distributiva que se concentra na provisão econômica mínima daqueles cidadãos menos capazes de defender seus direitos politicamente, e em uma corte constitucional dedicada à proteção de direitos humanos fundamentais para todos (ACKERMAN, 2009, p.114).

A engenharia constitucional para Ackerman, deve ser combinada com a sensibilidade cultural e realismo econômico que culminam com o enfrentamento dos três grandes desafios da modernidade: tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a toda e cada cidadão.

⁴ Não se pretende neste ensaio, fazer um aprofundamento dos ideias apresentados, por Ackerman, que se constitui na proposta de explorar o potencial da separação dos poderes a partir da proposta do “parlamentarismo limitado”, para maiores informações consulte ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

3 OS MODELOS CONSTITUCIONAIS POLÍTICOS E JURÍDICOS, UMA CRÍTICA CONSTRUTIVA

Partindo da análise de uma concepção meramente individual das construções do constitucionalismo, os modelos foram aperfeiçoados para compreender as novas criações exigidas pela mutação social. Neste sentido, uma construção individualizada pode acarretar problemas, que acabam por transferir de forma isolada a efetividade dos fins a submissão de controle por apenas um órgão.

Com a redução dos espaços públicos, o elemento “clarificador” do horizonte será a Constituição. Para Bercovici (BERCOVICI, 2004, p. 14), torna-se corrente a tentativa de rever os fundamentos da legitimidade liberal democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a carta e a democracia como estruturas processuais. O problema que se apresenta é a ausência cada vez mais de espaços democráticos como justificador de legitimidade, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo e não político, a um simples procedimento de escolhas dos governantes.

Esta estrutura meramente processual, ou seja, institucional, está ligada a ideia de legitimação pelo procedimento – eleições, processo legislativo, processo judicial - dotado de força vinculativa, possibilitando uma maior aceitação por aqueles que serão atingidos, independente de estarem ou não satisfeitos, generalizando o reconhecimento das decisões. Estas teorias entendem que a carta é um mero instrumento do governo, definidor de competência. Com a imposição destes procedimentos, para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas, devendo ter um caráter de continuidade, não sendo uma ordem para o futuro, mas de equilíbrio e estática (BERCOVICI, 2004, p. 16).

A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, e nem preocupa-se com o fundamento das decisões judiciais, com o objetivo de criar uma ordem estável dentro da complexidade que é o grupamento social.

A concepção dos direitos fundamentais trouxe para o estado constitucional a questão da legitimidade do juiz inserido nesta nova ordem, pois esta estaria centralizada no procedimento que leva a construção da decisão, e neste sentido, a responsabilidade pelo controle de constitucionalidade.

A versão do constitucionalismo jurídico pretenderia em última análise empreender a correção ou aperfeiçoamento do político. Mesmo que se tenha mecanismos destinados a

empreender a constrição do poder, que poderá até estar limitado, mas não necessariamente orientado a concretização da justiça.

Funcionará como cláusulas adicionais da constrição do poder não sendo somente um modo de exercício, mas o objetivo que persegue quando ao seu desempenho e o constitucionalismo político visto pela perspectiva do desenho institucional, atribuições, formas de acesso, diversas dimensões de poder.

A doutrina constitucional conseguiu criar, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar os componentes políticos, que foi reduzida ao poder constituinte. A jurisdição constitucional alcançou um grau de responsabilidade, tornando-se a garantidora da correta aplicação da normatividade do sistema (BERCOVICI, 2004, p.19). Para Bercovici, os atos denominados “neoconstitucionalistas” acabam por contradizer-se, pois acabam renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhorando da Constituição, e até sendo considerado o seu guardião. Este apossamento sob os demais poderes e a pretensão de ser o “cume da democracia”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância e de caráter vinculante, transformando-o em substituto do poder constituinte soberano.

O direito constitucional não é monopólio do poder judiciário, estará em conjunto com a interpretação constitucional e é fruto de uma ação coordenada entre os demais poderes políticos.

Para Atienza (ATIENZA, 2010, p. 266), este novo tipo de direito, possui vantagens e inconvenientes, pois se trata de um sistema jurídico que leva a sério os direitos fundamentais e os valores da democracia, mas por outro lado, supõe também, um direito mais indeterminado e incerto, o qual, pode por em risco um valor moral tão fundamental como o da autonomia pessoal. Se ele não sabe com certa precisão a quem ater-se, quais podem ser as consequências jurídicas de sua conduta? Ademais, o excessivo poder dos juízes e não só dos constitucionais significa uma ameaça para a democracia, os senhores do direitos não são mais os legisladores, os representantes da vontade popular.

Um exemplo citado por Atienza, cuja atuação do juiz coaduna com o fim democrático que se pretende alcançar, foi o desempenho do juiz Garzón a respeito das vítimas da ditadura de Franco, que ocorreu na Espanha. Demonstra o extraordinário poder que os juízes assumiram em nosso sistema jurídico e também na complexidade que tem adquirido a relação entre os legisladores, juízes e administradores. Por um lado, é compreensível que se veja com mais simpatia que um juiz se atreva a ir mais além do que os legisladores e

administradores estejam dispostos a enfrentar - como ao solicitar que apresentem a lista dos que sofreram represália durante e depois da guerra civil – isto é perfeitamente possível, porque estamos diante de uma tomada de decisão mais simples que a dos legisladores.

Um juiz não está vinculado a necessidade de pactuar ou negociar suas decisões. Mas por outro lado, não parece fácil aceitar que quem decide o que é justo, não no caso concreto, mas no caráter geral não seja o poder legislativo que representa a vontade popular, se não, um indivíduo, que poderia muito bem deixar levar suas atuações por motivações simplesmente subjetivas, por exemplo, ao afã da notoriedade pública (ATIENZA, 2010, p. 267).

O neoconstucionalismo comporta elementos que englobam a perspectiva política e jurídica, pois dentro destes conceitos, se tem percebido, um tipo de Estado constitucional de Direito com alto conteúdo ideológico, na medida que adota o modelo axiológico de Constituição como norma diretamente aplicável no lugar de meramente uma “regra” (JARAMILLO, 2010, p. 214). Este modelo permitiu uma viragem do modelo institucional assim como a forma de organização política. Para Jaramillo, possui características identificadoras como: força normativa e um catálogo amplo de direitos fundamentais e sociais, em alguns casos se criam instituições encarregadas de fiscalizar as leis com adequação à norma superior e fundamentalmente, de promover a realização dos direitos.

Outras características estão relacionadas com a interpretação e aplicação do direito, o papel do juiz constitucional e a criação e desenvolvimento da norma, a legitimidade da justiça, na relação entre direito e sociedade, o caráter vinculante dos princípios, os processos de constitucionalização e seu correto efeito de irradiação dos direitos fundamentais na estrutura do direito ordinário, assim como a consideração da fundamentalidade dos direitos sociais.

Esta transformação da constituição formal para a material tem o intuito de implementar e elevar os princípios e valores que comportem tais garantias, condizentes com a transformação deste modelo através de um sistema político muito mais complexo que seu antecessor. Assim, ao invés de impor limites ao legislador a respeito dos mecanismos para criar e reformar a carta constitucional, estas ampliam o alto grau de exigências de todos os poderes públicos para promover o desenvolvimento das determinações constitucionais (JARAMILLO, 2010, p. 223).

Esta concepção contemporânea como “ordem valorativa”, segundo a jurisprudência alemã foi instituída pelo famoso caso *Luth*⁵ que determina obrigações pontuais as autoridades

⁵ O debate na doutrina e a jurisprudência alemã foi cunhado em 1958, que pode ser assim resumido: em 1950, Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em um discurso feito perante produtores e

e estabelece mecanismos para aplicá-las. Estes novos parâmetros de atuação também desenvolvidos pelos tribunais constitucionais, instituíram transformações importantes que diferenciaram os esquemas institucionais pré e pós constitucionais - em particular o desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais – seu efeito de irradiação através do sistema jurídico e sua eficácia horizontal, seja direta e imediata, ou eficácia indireta e mediata, tal como se desenvolveu no discurso jurídico alemão (JARAMILLO, 2010, p. 220).

Nesta concepção da Constituição como norma diretamente aplicável e não só como norma que regula a criação e aplicação das normas inferiores, a novidade teórica para sua concretização necessita de mecanismos eficazes criados para assegurar a realização social dos postulados e das garantias constitucionais (JARAMILLO, 2010, p. 223).

Nesta estrutura o aparato processual está voltado para a orientação dos seus fins, desvinculado efetivamente de um mero instrumento do governo, definidor de competências materiais, para tornar-se um importante mecanismo de realização de seus postulados. Um bom exemplo é a Constituição da Colômbia, de 1991, cuja natureza se entende como instrumental, mas fundamentalmente gradual, adotou uma significativa invenção processual denominada recurso de amparo cuja ação de tutela é um mecanismo autônomo para a proteção dos direitos fundamentais. Tem permitido a garantia da eficácia real dos postulados progressistas da Constituição, pois mediante ela se tem estendido o alcance material da proteção dos direitos a reconhecer efetivamente que não só são fundamentais os direitos previstos como fundamentais em seu capítulo específico, mas também outros direitos, como os sociais, que igualmente merecem uma proteção do Estado em determinadas circunstâncias⁶.

E para o novo movimento constitucional cujas normas mais importantes são os princípios, representados pelos direitos fundamentais, é considerável que ao interpretar as normas de modos distintos, adquira particular interesse na teoria política como ferramentas que se adotem para interpretação das normas. A menor vinculação democrática entendida

distribuidores da indústria cinematográfica, defendeu que fosse realizado um boicote ao filme *Unsterbliche Gelibte (Amante imortal)*, dirigido por Veit Harlam, em virtude de o cineasta ter elaborado filmes de conotação antissemita na época nazista de Hitler. A produtora do filme de Harlam recorreu ao Tribunal de Hamburgo, com o objetivo de que fosse determinado a Luth que cessasse a conclamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (“quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano”). A demanda foi acolhida pelo Tribunal. Ocorreu, em virtude de tal decisão, recurso por parte de Luth, perante a Corte Constitucional, que por sua vez reformou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental deste à liberdade de expressão. É bom que se diga que, nesse caso, a Corte adotou a tese da eficácia indireta ou mediata. (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação de interesses, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166).

⁶ A Constituição Colombiana inseriu um amplo catálogo de direitos, mas foi também a jurisprudência que permitiu que entrasse em vigor, cita-se como exemplo as paradigmáticas decisões T-025/2008 e T-760/2008.

como a maioria majoritária do Tribunal Constitucional, se deve contrapor, não na vinculação das maiorias eleitorais, se não na vinculação com a Constituição política (JARAMILLO, 2010, p. 242).

E qual a finalidade deste novo movimento constitucional? Ou se pretende mostrar como um modelo neoliberal praticamente a serviço exclusivo do sistema capitalista, restringindo seu marco e reduzindo indubitavelmente a compreensão do fenômeno a promulgação de novas constituições políticas; ou se pretende desestimular este modelo com uma estrutura que permita aos juízes plasmar impunemente suas sentenças, seus valores privados e suas próprias cosmovisões do mundo.

O constitucionalismo que se quer alcançar, transformador, não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões política e jurídica que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas. Um mosaico de concepções teóricas que se entrecruzam e que se parecem umas com as outras como “membros de uma família” ou como um vitral, que está integrado por distintas cores, tamanhos, formas, mas organizados que dão conta de uma figura que se distingue pelo sentido da obra, e não só de elementos, de quem realiza o trabalho (JARAMILLO, 2010, p. 243).

Compreender o novo constitucionalismo como uma teoria sistêmica e perfeitamente delineada, poderá prover uma contradição em termos.

Souza Santos (SOUZA SANTOS, 2010, p.41) já advertia que a compreensão do mundo é muito mais ampla que a percepção ocidental, isto significa que as transformações progressistas pode ocorrer por caminhos não previstos pelo pensamento do ocidente, incluindo o crítico. A diversidade do mundo é infinita, que inclui muitos modos de ser, pensar, sentir, de conceber o tempo, a relação entre os seres e nos humanos, de ver o passado, o futuro, de organizar a coletivamente a vida, a produção de bens, serviços (SOUZA SANTOS, 2010, p.41). Esta imensidade de alternativas de vida, de convivência, interação, construção com o mundo acaba em grande medida desperdiçada, porque as teorias e conceitos desenvolvidas não identificam tais alternativas e quando a fazem, não valoram a ponto de construir soluções válidas para uma sociedade melhor. As respostas universalistas tendem a suprir as reais necessidades, generalizando condições que são particulares.

Para Souza Santos (SOUZA SANTOS, 2010, p. 93) esta construção é tão hegemônica quanto arbitrária, porque converte a realidade sociológica, política e cultural em um desvio inevitável que deve ser mantido dentro dos limites do politicamente toleráveis. Nesse sentido, quanto mais grave ou ameaçador seja considerado o desvio e quanto mais exigente seja o critério da tolerabilidade política, mais autoritária e excludente será a

democracia liberal. O constitucionalismo necessariamente precisa romper com esta lógica estática. O assim denominado “constitucionalismo plurinacional”, é recontextualizado para reconhecer a existência de comunidades, povos, nações e nacionalidades, para além do território nacional e passar a ser o marco geoespacial de unidade e integridade que organizará as relações, seguindo os princípios constitucionais da unidade na diversidade e da integridade com reconhecimento de autonomias assimétricas. Ou seja, um modelo constitucional dinâmico, com foco na garantia dos direitos e efetivação da justiça.

A maneira como a democracia constitucional foi concebida, seja no constitucionalismo clássico e jurídico acaba provendo seu sentido como uma “lei superior” mantida pelos Tribunais Constitucionais” (BELLAMY, 2006, p. 11-68). O que nos convida a refletir sobre os direitos fundamentais e a rememoração aos processos democráticos.

A discussão, seja no campo teórico, seja no campo jurisprudencial é referente ao conteúdo dos direitos, que é absolutamente importante, mas a operacionalização está voltada para atribuir sentido ao conteúdo. Como chegar ao conteúdo e como se relaciona o constitucionalismo político como dimensão de poder e não representar uma contradição em termos?

Operam-se neste sentido, uma série de teses que não tem outra pretensão de servir como base para uma discussão do propósito de qual pode ser o papel do direito na perspectiva do constitucionalismo político e jurídico, mas para estabelecer um posicionamento crítico, enunciando alguns dos problemas que o desenho institucional não enfrenta. Pelo olhar de Bellamy (BELLAMY, 2006, p. 11-68):

1. A maioria das constituições pós guerra foram democraticamente promulgadas e em grande parte derivam sua legitimidade a partir deste fato. Como resultado devemos ver as Constituições não como restrições impostas sobre a democracia, mas como os limites que esta necessita para seu exercício;

2. Merece reanálise o fato de uma Constituição utilizar como signo o princípio da igualdade, onde as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas esteja sujeita a revisão judicial, baseada em direitos. Como uma forma “mecânica ou “estatística” de democracia majoritária, que só necessita ser aprovada por maioria ou pluralidade de eleitores e o fato de que cada tipo de democracia deve ser medido pelos “resultados” que produz na promoção dos direitos fundamentais;

Por este “critério” a melhor estrutura institucional é calculada para produzir as melhores “respostas” para as perguntas essencialmente morais que as condições democráticas exigem. É possível haver uma “visão” geralmente aceitável das melhores respostas para questões morais? De fato, há uma série de respostas e muitas vezes contraditórias, que possam ser razoavelmente determinadas. O problema é superar através da oferta de um procedimento de decisão autoritária. Apesar da prova de sua superioridade, não quer dizer que ele tenha mais chances de produzir respostas certas ou erradas. O recurso terá que estar de alguma forma intrínseca ao procedimento.

Gargarella (GARGARELLA, s/d, s/p.) já enunciava um elemento de suma importância a necessária correspondência entre o desenho institucional apto a dar conta do projeto/concepção da Constituição com os pressupostos filosóficos, de suma importância, porque eles conduzem imediatamente a adoção de instituições de certos tipos. Assim, é possível esperar que quanto mais confiança se tenha na capacidade dos indivíduos para escolher seu plano de vida, mais espaço terão os direitos fundamentais, e menos as políticas de imposição.

Mesmo que a resposta seja determinada pela própria Constituição, outra questão que merece análise são as interpretações conflitantes de princípios constitucionais⁷. A lei constitucional está ancorada na história prática e muitos princípios constitucionais serão contraditórios. Estabelecer uma igualdade entre homens e mulheres vai necessitar de uma linguagem precedente da prática, ao invés de sua definição meramente abstrata. E isto não pode ser o padrão para encontrar as “melhores respostas”.

3. Um sistema majoritário por si só não pode garantir a inclusão de todas as partes relevantes, ou que certas minorias não possam ser oprimidas pelas maiorias partidárias, no entanto, a interferência judicial prejudica de sobremaneira o sistema. As regras da maioria muitas vezes possui um efeito tirânico, pois esta conjuga-se com as minorias inconsistentes, para poder sustentar interesses governamentais que servem como arranjos associativos que apresentem um alto grau de proporcionalidade no sistema. Os tribunais podem interpretar as normas

⁷ Como fator determinante do trabalho judicial, a jurisprudência tem instituído técnicas interpretativas próprias dos desenvolvimentos dogmáticos transnacionais recentes da concepção e, fundamentalmente a aplicação de princípios constitucionais em busca de maximizar seus efeitos normativos e reduzir arbitrariedades no momento de sua concretização. Cada vez mais utilizado, a ferramenta da ponderação que se utiliza metodologicamente para solução de conflitos que surgem entre os direitos fundamentais. (JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. Colômbia: Trotta, 2010, p. 206-244, p. 226.).

constitucionais de forma a prejudicar a independência dos grupos particulares. Além disso a interpretação que prevalece, muitas vezes se transforma em uma votação de maioria entre os membros da Corte, interferindo diretamente no jogo político. Desta forma, há falhas no sistema de pluralidade.

4. A revisão judicial substantiva foi incapaz de demonstrar para a afirmação empírica, no sentido democrático da promoção de igualdade e respeito entre os cidadãos. De fato, a revisão judicial tem muitas vezes bloqueado a própria legislação para prosseguir no avanço da construção democrática.

5. O processo legislativo estando sujeito a revisão judicial, pode levar a despolitização da constituição, efetivamente em se tratando dos direitos civis, políticos e de liberdades uma vez que, não só leva essas garantias para “fora” da agenda política, como também “remove” desta os problemas decisivos que devem ser enfrentados pela esfera representativa. Além disso, impede a política de realizar sua função fundamental que é conciliar as diferenças através da negociação e debate. Corre-se o risco de exclusão de questões importantes enfrentadas pela minoria e deslegitimar assim a esfera política.

6. Atribuir uma fundamentação para proteger um dispositivo de representação que modelam as ideias intuitivas básicas da tradição democrática liberal e levá-las a algum grau de equilíbrio reflexivo, corre-se o risco de produzir um resumo racionalista e limitado, que não faz jus a verdadeira complexidade da democracia. Os arranjos políticos das democracias mais estáveis do mundo variam consideravelmente, possuindo diferentes sistemas eleitorais, formas de avaliação judicial, tipos diferentes de administração governamental. Permitir que este equilíbrio seja feito apenas por juizes de um tribunal constitucional, pode resultar em consequências desastrosas, pois se não podem expressar sua oposição através de canais políticos regulares, estarão tentados a empregar métodos irracionais, podendo até mesmo gerar uma situação de insurgência.

7. O Tribunal Constitucional não mantém um papel de policiamento dos procedimentos democráticos e não será este que dará a solução mais “justa” para decidir questões como o aborto, pena de morte, privacidade. O papel do Tribunal é garantir que o processo político, onde estes valores sejam devidamente identificados esteja aberto a todos os pontos de vista ou seja, se os procedimentos foi realizado de forma equitativa.

Resta evidente, as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo político e jurídico e a busca de um caminho do meio. As Constituições formam o corpo político do Estado, é há uma necessidade urgente de se abordar o papel constitucional da política democrática, a fim, de ver, por exemplo, como não é a separação dos poderes, mas a alternância entre eles, que fortalece a melhor defesa dos nossos direitos, e de fato, o que é um direito fundamental dos cidadãos de serem tratados como iguais, com abertura de suas reivindicações no quadro democrático, a fim de poder controlar a constituição permanente e suas políticas (BELLAMY, 2006, p. 11-68).

Não se pode entender a dimensão de direitos dissociada da dimensão institucional. A separação dos poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas (ACKERMAN, 2009, p. 6). Os direitos se realizam pelo braço institucional do funcionamento do poder e caso não haja esta conexão pode gerar um artificialismo na questão do que seja o constitucionalismo.

4 ENCONTRANDO SOLUÇÕES PARA A (RE)CONFIGURAÇÃO DO DESENHO INSTITUCIONAL

Uma boa alternativa é proposta por Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2011, p. 81-95) de uma nova configuração constitucional das funções que exercitam o poder estatal, para tanto desempenhadas no Estado como pelo Estado.

Pela evolução positiva da carta constitucional de 1988 é possível identificar três categorias de funções estatais constitucionais: as funções realizadas no Estado pelos cidadãos, com vistas à definição do poder político e de seu exercício; as exercidas pelo Estado através de seus agentes com vistas a concretização dos interesses públicos caracterizando dois tipos: a da provedoria de governança e a de justiça; e finalmente a terceira exercida no Estado por agentes específicos para prover diretamente os interesses da sociedade, caracterizando assim, novas atividades independentes de zeladoria, controle e promoção da justiça.

Priorizando as missões exercidas por agentes públicos, inseridos na segunda e terceira categoria, os fins atribuídos são distintos, conforme a natureza que deve satisfazer assim definida pelo mandamento constitucional, caracterizando-as como finalísticas e instrumentais (MOREIRA NETO, 2011, p. 82-83).

A categoria enquadrada como finalísticas do Estado se compromete com a provedoria de governança, que se dirige especificamente as finalidades político-administrativo do Estado, obedecendo o princípio legitimatório representativo, refletindo os

diversos interesses da sociedade, distribuídas pelo legislativo e executivo. Quanto as destinadas à provedoria da justiça pública, esta obedece ao princípio legitimatório do mérito, cujo objetivo é assegurar a investidura e a atuação de seus respectivos agentes políticos com alta qualificação técnica e absoluto descomprometimento e distanciamento em relação aos interesses político-partidários. Estas determinações estão inseridas no bloco do poder judiciário, nele concentrados e voltados especificamente para o desempenho das funções determinadas pela Constituição, inserindo-se assim nas neutras, pois exige-se um comportamento rigorosamente neutro, voltados à preservação plena da juridicidade.

Nas sociedades pluralistas pós-modernas, estas funções reacendem com o forte contorno a iluminar e validar as aplicações da lei, seja nas que deva atuar no ordenamento do estamento social, como as que devam produzir resultados de controle a respeito do desempenho dos órgãos do aparelho estatal. São duplamente legitimados, pois agregam o caráter de legitimação originária, pelo mérito de seu acesso; como concorrente, pelo exercício político-partidário isento de suas funções. Estas vem suprir as deficiências crônicas na percepção e no atendimento dos legítimos interesses gerais da sociedade.

No modelo brasileiro, estas finalidades, conforme Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2011, p. 90-91) estão distribuídas em cinco categorias, previstas na carta constitucional e são independentes, com atuação de zeladoria, controle e promoção da justiça.

De forma sucinta, a primeira função prevista é a de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas especificamente a tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa⁸, exercido mediante controle externo e interno de cada poder, através dos Tribunais de Contas, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle.

A segunda de controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, a cargo do Conselho Nacional de Justiça⁹, categorizadas como atividades de zeladoria, controle e promoção da justiça.

A terceira de controle e atuação administrativa e financeira do Ministério Público e dos deveres funcionais de seus membros, a cargo do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁰, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle. A quarta definida como essencial à justiça, a cargo de quatro complexos órgãos distintos, como o Ministério

⁸ Art. 70, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹ Art. 103-B, §4º, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁰ Art. 130-A, §2º, Constituição da República Federativa do Brasil.

Público¹¹, à Advocacia de Estado¹², à Advocacia¹³ e à Defensoria Pública¹⁴, categorizadas como atividades de zeladoria e de interesses juridicamente qualificados de toda natureza.

E por fim, as categorizadas como atividades de controle, zeladoria e de interesses específicos relativos à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹⁵, bom como dos concursos públicos de ingresso na magistratura¹⁶, no Ministério Público¹⁷ e nas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal¹⁸.

Por óbvio, que nada é imutável, mas é sempre útil pensar a respeito das categorias sistematizadas de novas funções especialmente voltadas à realização do valor justiça. Estes tendem a inovar seja do ponto de vista teórico, proporcionando uma clareza teórica, para a compreensão científica dos complexos fenômenos envolvidos no braço estatal, seja no prático, que sobreleva a percepção sistêmica decorrente desta caracterização que inovam categorias de direitos fundamentais políticos, como os que definem garantias cidadãs multimodalmente alocadas à efetividade dos condicionantes e das limitações impostas ao poder estatal em suas expressões funcionais ativas, essenciais ao Estado Democrático de Direito (MOREIRA NETO, 2011, p. 92).

E estes são os papéis dos contrapoderes, estruturas que se inserem dentro do poder político organizado, mas que se destinam a vocalizar os anseios de sociedades plurais e complexas, que estão fora do poder político.

De suma importância, pois as desigualdades podem ser refletidas por um seguimento expressivo, a qual necessitam as sociedades estabilizadas, ou seja, um canal de comunicação que expresse estes anseios. Quanto maior a desigualdade, maior será a necessidade do contrapoder, assumindo valores políticos muito maiores em relação aos de hoje. O desenho institucional neste sentido, necessita ser dinâmico para prover a garantia dos direitos fundamentais.

Importante perceber ainda, a perspectiva da Constituição que se quer alcançar. Condicionar a compreensão do direito no Estado, “quer se recorra a historicidade institucional do direito natural (*Maihofer*), quer à historicidade transcendental (Kaufmann) quer a fenomenologia ontológica (Husserl), a preocupação é sempre a de distinguir a essência do

¹¹ Art. 129, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹² Art. 131 e 132, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³ Art. 133, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴ Art. 134, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁵ Art. 103, VII, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁶ Art. 93, I, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁷ Art. 129, §3º, Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁸ Art. 132, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil.

direito intemporal e as suas precipitações ou positivamente concretas (CANOTILHO, 2008, p. 25).

A perspectiva não histórica¹⁹ da sociedade vai partir do pressuposto de que há uma essência do direito e da constituição que se apresente sempre da mesma maneira, ou seja, há um *a priori, que* está sempre presente e que não muda com o transcurso do tempo. Se de outro lado, você admite que a historicidade é relevante, você recepciona a influência daquele ambiente e está recebendo o acervo de aprendizado que o tempo possa lhe trazer. Se for adotado uma perspectiva não histórica, vai-se partir do pressuposto que há uma essência do direito e da Constituição que se apresente sempre da mesma maneira. Esta dualidade vai permitir emprestar mais ou menos flexibilidade para o desenho institucional.

Apostar na historicidade é ver a segurança na mudança, Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13) já dizia que as “constituições abertas” são aquelas que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social, como a competência para assumir a direção política. Condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática. O “a priori” percebido pelo autor, destaca a inversibilidade que paira para o movimento de sujeitos indefinidos, pois é a história constitucional além de troca, é uma contingência política, com acumulação de experiências do passado e do futuro, é realidade social, “imprevisibilidade de problemas e espontaneidade social (ZAGREBELSKY, 2011, p. 36).

Canotilho acredita que pela Constituição histórica, o contexto determina a compreensão do Estado, do direito, do constitucionalismo, pois qualquer modelo é “presente do passado”, pois não deixa de ser a “memória na história”, mesmo quando haja as rupturas advindas de processos revolucionários ou não. Além disso a carta é o “presente do presente”, pois sempre dedica uma indispensável *attentio* (CANOTILHO, 2008, p. 26) à conformação da ordem atual. Esta capacidade de mudanças terá os seus limites, que não põem em causa o “princípio da continuidade” que se refere aos valores e princípios constitutivos do “conceito ocidental de constituição”. Ou seja, possui um conjunto de valores que pretende ter preservado, das conquistas históricas, o denominado de “núcleo de identidade da constituição”. Este compreende o conjunto de normas e princípios que estruturam uma determinada ordem jurídico-constitucional (CANOTILHO, 2008, p. 121).

O problema central que o constitucionalismo moderno enfrenta é o de “se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político- constitucional, pelo fato de se

¹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do., em sala de aula ministrada no dia 06 de jun. De 2013 no Curso de Pós Graduação em Direito – Doutorado da Universidade Estácio de Sá.

assentarem e viverem de – pressupostos que o Estado não pode garantir” (CANOTILHO, 2008, p. 28), neste sentido, o delicado equilíbrio para a promoção de duas coisas: nem é a estabilidade constitucional absoluta, nem sua abertura desmedida.

Segundo Bercovici (BERCOVICI, 2004, p. 22-24) fechar os olhos para a realidade constitucional onde o pensamento jurídico dominante “absolutizou” as soluções constitucionais históricas do liberalismo, a teoria do constitucionalismo deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país integrando um sistema unitária a esta realidade. Esta não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade própria, não há uma única teoria, mas várias, adequadas à sua realidade concreta. O poder constituinte não se limita a estabelecer a carta, mas tem existência permanente, pois é dela que deriva a sua própria força normativa.

Os Estados que se assumem democráticos e pluralistas devem deixar um espaço para a política constitucional, principalmente em matéria de direitos fundamentais. Esta pode assentir muitos significados, como, permitir a cada governo dar uma ou outra orientação em matéria de direitos fundamentais, assim, podendo preferir ter a seu cargo a saúde pública ou a educação, enquanto outro pode considerar mais adequado delegar parte de suas funções a centros educativos, pois dentro dos parâmetros que fixa a Constituição há espaços que a política constitucional pode ocupar de distintas formas (ZAGREBELSKY, 2011, p. 15).

E esta é a lógica do constitucionalismo que se propõe o Estado democrático, onde este não é o executor, o garantidor, o único responsável para prover todas as exigências multidimensionais, mas o esquema organizatório, através de uma perspectiva de partilhamento²⁰. Deixa a ideia de estatalidade absoluta para aliar as forças sociais, os poderes econômicos, o aparelho para o desenvolvimento das estratégias determinadas pela própria Constituição.

Ao Estado-regulação caberá buscar equacionar as assimetrias de influência de forma articulada, como ferramenta de aprimoramento das políticas públicas, materializando igualmente o direito fundamental à boa administração. Para Valle (VALLE, 2011, p. 76) um direito fundamental à boa administração haverá de compreender, em decorrência da função protetiva, um espaço isento da atuação dos titulares, os quais livres de qualquer interferências, têm o direito de formular as próprias escolhas; a garantia da intervenção individual na formação da vontade dos poderes públicos e as condições propiciadas pelos poderes públicos para superar condição pessoal que os impeça de exercer valores de moralidade privada. A boa

²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do., em sala de aula ministrada no dia 06 de jun. De 2013 no Curso de Pós Graduação em Direito – Doutorado da Universidade Estácio de Sá.

administração é aquela voltada à realização eficiente e se constitui simultaneamente, dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nos subtemas de escolhas discricionárias.

O constitucionalismo ainda manifesta muitas dificuldades de “responder aos desafios da materialização do direito (CANOTILHO, 2008, p. 28), pois a Constituição reclamou e reclama ser o estatuto jurídico do político, no entanto o político mostra-se rebelde a uma “normativização legalista”, porque soa impossível a norma alcançar várias práticas sociais.

Um dos desafios propostos por Canotilho (CANOTILHO, 2008, p. 127) ao apresentar o “constitucionalismo moralmente reflexivo”, que consiste na substituição de um modelo autoritariamente dirigente, através de outras maneiras que permitam conjugar o projeto da modernidade, onde ele não se realizou. O desenho institucional centrado exclusivamente na estatalidade, não vai dar conta de superar os anseios que espera uma sociedade democrática.

Além disso, para o autor, deve-se considerar superadas as formas totalizantes e planificadoras globais, que deverá abrir caminho para as ações e experiências locais, entendido como “princípio da relevância” e contemplando à diversidade cultural, compreendido como “princípio da tolerância”.

5 CONCLUSÃO

Por que o constitucionalismo incorporou a dimensão dos direitos? Para que o ser humano se realize, seja capaz de eleger o seu próprio projeto de vida, necessitando de um mínimo de condições que lhe permitam formular seus próprios conceitos, como independência, dentre outros. O projeto último é que seja um indivíduo pleno dotado de autonomia. A centralização meramente na questão de conteúdo acaba por trazer um reducionismo que não comporta o constitucionalismo, como projeto de emancipação e constituição de democracia.

Como dito por Canotilho (CANOTILHO, 2008, p. 129), a constitucionalização da responsabilidade garante as condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação.

As Constituições de nosso tempo hão de marchar com o olhar voltado para o passado, presente e futuro, pois não se pode abdicar do patrimônio da experiência-histórica-constitucional, como bem nos alertava Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2011, p.91), pois passado e futuro se ligam em uma única linha, portanto é necessário uma incessante

redefinição dos princípios de convivência constitucional, com a contínua reelaboração das raízes constitucionais do ordenamento.

O pensamento precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos, afinal o direito constitucional é direito político. Entender a Constituição fora desta realidade, com categorias exclusivamente jurídicas, é prover um retrocesso a expectativa da contemporaneidade que possui afirmação na democracia e na efetividade de uma carta constitucional vinculante.

6 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In CARBONELL, MIGUEL;

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BELLAMY, RICHARD. Constitutionalism and Democracy. International Library of Essays in Law Theory; Second Series, p. 11-68. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova: Revista, Cultura e Política, nº 61, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007, p. 15. Traduzido de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria Del diritto*.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. *Jurisdição no estado do bem-estar e do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Padma, 2009, p.20.

COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARDNER, James A. Democracy without a net? Separation of powers and ideia of self-sustaining constitutional constraints on undemocratic behavior. *St. Jhon's Law Review*,

Vol.79, pp.293-317, March 2005. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=599982>>. Acesso em: 14 de jun. de 2013.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes. Disponível em < http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_%20atinoamerica.no.pdf>. Acesso em 03 de jun. de 2013.

GOUVÊA, Carina B; VALLE, V.R.L. Direito à Saúde para além das fronteiras da subjetividade. In: *Encontro Nacional do CONPEDI, XX. 2011*, Belo Horizonte. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p.6846-6861.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*. Colômbia: Trotta, 2010, p. 206-244.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação de interesses, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Boa administração e sua Qualificação como Direito Fundamental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. em sala de aula ministrada no dia 06 de jun. De 2013 no Curso de Pós Graduação em Direito – Doutorado da Univversidade Estácio de Sá.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2011.