

## DO PSEUDO CONSTITUCIONALISMO AO CONSTITUCIONALISMO COMUNITÁRIO GLOBAL

Jamile Gonçalves Calissi<sup>1</sup>  
Juliana Zacarias Fabre Tebaldi<sup>2</sup>

**Resumo:** Pretende-se uma análise crítico-conceitual sobre o conceito de constitucionalismo. Para tanto, inicia-se a pesquisa em um momento histórico anterior à formação dos Estados modernos, buscando-se elementos de pré-compreensão do que posteriormente seria reconhecido na modernidade como constitucionalismo. A pesquisa utiliza-se, também, de aspectos ideológicos para compreender o tema. Nesse sentido, uma análise que parte do Estado Liberal e transita sobre o Estado Social se fez presente. Por fim, a pesquisa atinge o chamado constitucionalismo comunitário global, naquilo que hoje pode ser compreendido como um dos estágios mais contemporâneos do tema em questão.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Constitucionalismo. Análise crítico-conceitual.

**Abstract:** It is intended a critical-conceptual analysis on the concept of constitutionalism. For that, the research begins at a historical moment prior to the formation of modern states, searching for elements of pre-comprehension of what would later be recognized in modernity as constitutionalism. The research also uses ideological aspects to understand the theme. In this sense, an analysis that starts from the Liberal State and transits on the Social State was present. Finally, the research reaches the so-called global community constitutionalism, in what today can be understood as one of the most contemporary stages of the subject in question.

**Keywords:** Constitutional right. Constitutionalism. Critical-conceptual analysis.

### 1. Introdução

O constitucionalismo contemporâneo é parte de uma longa história. Quando chamado de moderno confunde-se com a própria existência do Estado. Faz-se referência, oportuno ressaltar, ao sentido moderno de Estado.

Para parte da doutrina termo o “Estado moderno” seria um pleonasma, pois a figura do Estado só seria possível depois da Idade Média, a partir da Idade Moderna com a formação dos Estados nacionais. São os chamados descontinuístas, para quem uma possível origem da palavra é atribuída a Maquiavel em seu O Príncipe. Para a corrente continuísta, entretanto, muito embora a palavra Estado seja recente, não há como não reconhecer na célula organizada, primeiro chamada de *polis*, pelos gregos, e depois de *civitas*, pelos romanos, sendo composta esta última,

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professora nas Faculdades Integradas de Jáu. Professora na Faculdade Galileu - Botucatu

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Coordenadora do Curso de Direito nas Faculdades Integradas de Jáu

por uma organização institucional de cunho político chamada *res publica*, a essência do que hoje é denominado Estado<sup>3</sup>.

Além do mais, a palavra Estado é resultado de uma evolução terminológica, como mencionado, a partir das polis gregas e as civitas romanas, passando pelos termos *regnum*, *corona* e *terra* na Idade Média, até encontrar na Itália renascentista uma designação latina mais convincente: *status*, relativo à constituição ou ordem<sup>4</sup>.

Considerando, ainda, a complexidade do tema, impõe-se a necessidade de tratá-lo através de seus diversos momentos históricos e respectivos movimentos.

Assim, para uma melhor compreensão e recorrendo a um recurso didático, o tema foi disposto de maneira a situá-lo historicamente, trazendo à tona os vários movimentos. Dividido, primeiramente, em três grandes momentos, o antigo, o medieval e o moderno, e estabelecendo a diferença notável que torna a época antiga algo diferenciado do constitucionalismo moderno, destacar-se-á a importância do assunto para o direito, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais.

## **2. A antiguidade e seu pseudoconstitucionalismo**

É de Karl Loewenstein a premissa de que o constitucionalismo já existia desde os hebreus e tinha por característica o fato de ser um constitucionalismo real, marcado pela busca de algo que pudesse justificar, moral e espiritualmente o poder da autoridade, em vez de aceitar a submissão gratuita ao soberano em oposição ao constitucionalismo mais moderno e recente, dito formal e solene.

Como fruto de uma sociedade teocrática, os hebreus seguiam uma ordem divina estabelecida sob a concepção de uma lei moral difundida pelos profetas. A Bíblia desempenhava, então, um papel de reguladora da sociedade, na qual o governante tinha seu poder limitado pela vontade de Jeová. Dessa forma, configurava-se o traço do primeiro momento histórico do constitucionalismo<sup>5</sup>.

Nota-se, portanto, que a mesma regra para considerar a existência do Estado, anteriormente à sua conceituação moderna, vale para o constitucionalismo.

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65 et seq.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 33 e 34.

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 154 e 155.

Por óbvio que antes de sua formalização no século XVIII, o termo não era empregado. Mas não há como não reconhecer a prática de algo muito próximo, quando o assunto é a antiguidade clássica, sobretudo Grécia e Roma, que já possuíam uma organização estatal que obedecia, coerentemente, a um sistema político de identidade e divisão entre os governantes e os governados, os chamados Estados de base municipal ou cantonal<sup>6</sup>, com destaque para o sistema ateniense que: “repousava na existência de uma ordem constitucional, criada pela vontade popular, mediante leis”<sup>7</sup>.

Cumprir esclarecer que essa qualidade organizacional não pode ser tida como fato gerador de um constitucionalismo antigo. Pelo contrário, o constitucionalismo é resultado de um processo histórico deflagrado, principalmente, na Inglaterra medieval, mas que teve como marco formal a criação dos Estados nacionais modernos e está intimamente ligado às ideias liberais revolucionárias do século XVIII.

Em ambos os momentos, a semelhança que aproxima as duas ideias está no fato de o homem ter consciência de que o poder arbitrário do governante deveria ser repellido pela sociedade, e esta devia reger-se por leis<sup>8</sup>. Talvez esse possa ser o elo entre duas formas de pensar tão distantes temporalmente, mas unidas essencialmente pela sempre presente indignação humana<sup>9</sup>. Assim, essa ideia de um sistema político organizado, que já compunha as sociedades antigas, está mais ligada à política caracterizadora de um direito político, e não a um movimento constitucionalista propriamente dito, ensejador de um direito constitucional<sup>10</sup>.

É, pois, uma ideia que acena para a constatação da existência de uma constituição material (pois nunca se chegou à redação de um documento formal) responsável pela organização estrutural das Cidades-Estados e composta de regras garantidoras da boa relação entre governante e governados.

---

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares*. O Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 6.ed. Coimbra/Portugal: Coimbra, 1997, p. 52.

<sup>7</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 191.

<sup>8</sup> No período axial, momento em que a mitologia cede lugar à filosofia, paralelamente, surge a lei escrita como regra geral e uniforme. Ao lado desta, entre os gregos, surge a ideia de uma lei não escrita, chamada por Aristóteles de lei comum, de conotação universal, superior, portanto, às leis particulares (ou escritas), inicialmente dotada de cunho religioso. Essa lei comum foi adotada pelos romanos, que a denominaram de *ius gentium* (de todos os povos). Posteriormente, descartado o aspecto religioso, a lei comum encontrou nos sofistas e estóicos uma justificação natural, que resultaria no chamado direito natural (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11 et seq.).

<sup>9</sup> Já era possível observar em Aristóteles uma preocupação constante em justificar a comunidade política através de preceitos organizacionais e estruturais desprovidos de arbitrariedades. Um exemplo desse esforço em estabelecer uma ordem não arbitrária é a inserção de uma classe social denominada éforos, magistrados que, em Esparta, serviam de contra peso ao poder dos reis (*A política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 184).

<sup>10</sup> MIRANDA, 1997, *op. cit.*, p. 14.

No mais, é em Aristóteles que se encontra um conceito para aquilo que viria a ser chamado de Estado, regido por ideias constitucionais, e que teve como justificativa para a sua existência a própria natureza: “Por conseguinte, é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político”<sup>11</sup>.

Para o filósofo em questão, o Estado, um dos tipos mais elevados de comunidade, a chamada sociedade política ou de cidadãos, era a consequência lógica de um desdobramento natural: primeiro, a vida do homem regia-se dentro da família, objetivando suprir as necessidades diárias de sobrevivência; depois, várias famílias, aspirando a algo mais do que apenas suprir as necessidades cotidianas, reuniam-se, formando a primeira sociedade conhecida, chamada de aldeia, e regida por um governo monárquico (outra espécie de comunidade paralela à comunidade política); por fim, as aldeias somavam-se dando origem às cidades ou Estados, estas sim, comunidades mais elevadas e dotadas do aspecto político<sup>12</sup>.

Nota-se que, aqui, Aristóteles já falava em sociedade familiar, o primeiro passo para a comunidade organizada. Está, portanto, fazendo menção a um período bem mais recente, dentro da história antiga, quando o homem já era considerado um ser dotado de liberdade e razão e as atenções já se voltavam para a pessoa humana detentora de certos direitos universais. Antes disso, no período conhecido como axial, datado de VIII a.C. até II a. C., estabeleceram-se as bases para essa evolução, proporcionando o despertar da consciência humana e a configuração, no momento em que, historicamente, o homem ganhou importância e pôde seguir sua trajetória até os dias atuais: “Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, que vigoram até hoje”<sup>13</sup>.

Antecedendo essa jornada histórica de consciência, diretamente ligada à questão dos direitos, pois foi o período em que esses começaram a ganhar importância dentro daquelas células dotadas de certa organização (inicialmente correspondentes a grupos familiares) ou pelo menos, com organização suficiente para suportar a obediência às regras comuns, não há que se falar ainda em direito com a conotação que se tem hoje, quiçá em direitos fundamentais.

Isso porque, visto ser um momento muito primitivo, em que o homem agia impulsivamente, fica claro ser mais prudente tratar tudo o que se relaciona à questão cultural, à luz da consciência humana e submetido a uma estrutura mínima de organização. O que existiu antes disso teve relação direta com o exercício estritamente natural do homem de buscar a sobrevivência meramente física, sem preocupação com a racionalidade, portanto.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 145 et seq.

<sup>13</sup> COMPARATO, 2001, *op. cit.*, p. 08.

Em Engels, encontra-se um estudo bastante detalhado desse período pré-histórico de cultura<sup>14</sup>. Seguindo um critério evolucionista, o referido autor apresentou dois períodos que antecederam a civilização<sup>15</sup>. O primeiro período, chamado de estado selvagem e que foi dividido em três seguimentos, a saber, fase inferior, fase média e fase superior, diz respeito à infância do gênero humano. Começando com o homem bruto que, para sobreviver às feras, vivia nas árvores e só conhecia os frutos e as raízes como alimento, este período, que passou pela descoberta do uso do fogo, estendeu-se até a adoção do arco e flecha como instrumento de caça.

Em seguida, o período que se denominou de barbárie, também subdividido em três fases, a exemplo do anterior, teve início com o desenvolvimento da cerâmica, passou pela domesticação dos animais e o cultivo de algumas sementes, principalmente o milho, e eclodiu com a fundição do minério de ferro, e com a invenção da escrita, momento em que a história já começa a conhecer os traços da civilização e, portanto, do desenvolvimento da cultura.

Em meio à escuridão cultural que antecedeu as luzes da consciência, em algum ponto da história, é que o homem começou a desenvolver-se e a fixar os padrões que iriam nortear a sua organização em sociedade e conseqüente necessidade de adoção de certos preceitos, inicialmente relacionados com a própria existência e, posteriormente, mais voltados para a organização dos grupos, chamados hoje de direitos e, mais especificamente, na sua modalidade conhecida como direitos fundamentais.

Assim, determinando como ponto de partida o reconhecimento racional do homem e, sobretudo, a antiguidade clássica, base para o desenvolvimento do conhecimento contemporâneo, é possível situar o surgimento de um pensamento constitucionalista, e prosseguir com os diversos momentos em que essa ideia apareceu e possibilitou a identificação de uma essência semeadora do conceito atual.

Com essa base, torna-se muito mais fácil abordar o pseudoconstitucionalismo para diferenciá-lo do constitucionalismo propriamente dito que acabou por criar o Estado constitucional e a prática da adoção de um documento formal chamado Constituição (muito embora o constitucionalismo não esteja somente ligado à figura da Constituição, uma vez que, mesmo antes da existência dela, já era possível observar posturas de cunho constitucional, como já mencionado) e teve como marco formal o final do século XVIII.

---

<sup>14</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 14.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 21 et. seq.

<sup>15</sup> Para Engels, a civilização corresponde ao “estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante, e a produção mercantil – que compreende uma e outra – atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior” (*Ibidem*, p.196).

Assim, estabelecendo como essência do constitucionalismo a procura por uma forma de relacionamento estável entre governantes e governados, sem que exista nessa relação o abuso do poder, tem-se que a grande diferença entre o pseudoconstitucionalismo e o constitucionalismo propriamente dito é o ponto inovador deste último: inserir, como forma de organização da relação governante versus governado, a prática do uso de um estatuto (não necessariamente escrito), que além de estabelecer os limites do exercício do poder, também institucionalizou os direitos ditos fundamentais<sup>16</sup>.

### **3. A idade média: começo de uma revolução**

O constitucionalismo moderno, movimento revolucionário formalmente datado do século XVIII, criou o direito constitucional e com ele a ideia de uma Constituição formalmente concebida.

O início, entretanto, deu-se bem antes do século XVIII e, portanto, antes da Idade Moderna e dos avanços nos campos político, econômico e cultural. O seu berço, ou pré-constitucionalismo, reconhecidamente, foi a Inglaterra ainda na Idade Média.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, como consequência das invasões bárbaras instalou-se na Europa um sistema social baseado no estamento, chamado de sistema feudal. Sua característica predominante, a concentração de poder nas mãos do monarca, acabou por determinar um certo retrocesso daquilo que um dia seria a figura estatal, desenvolvida a partir da antiguidade clássica, mas que na Idade Média se resumiria na hierarquização do exercício de poder plantada sobre a base de uma sociedade dividida em suseranos e vassalos e tendo por objetivo primeiro estabelecer um método único de defesa e segurança local<sup>17</sup>, em face das invasões bárbaras, que nortearam o começo desse período.

É parte desse momento, também, a intensa influência da Igreja Católica, integrante do estamento feudal, contribuindo, assim, para a legitimação das monarquias de direito divino que imperariam durante todo o período.

Após séculos de lutas e reestruturações, desde as invasões bárbaras até a sua reconstrução, a Europa, nesse contexto, começou a se reinventar e plantar a semente embrionária do Estado Constitucional.

---

<sup>16</sup> MIRANDA, 2000, *op. cit.*, p. 08.

<sup>17</sup> Chamado por Jorge Miranda de passagem da insegurança geral à pequena segurança local (MIRANDA, 1997, *op.cit.*, p. 59).

Sempre incomodada com a legitimidade divina do monarca, e já buscando explicações racionais para a hierarquização do poder, a sociedade, desde sempre, procurou forjar justificativas para a sua rebeldia.

Como consequência desse estado de indignação, seguiram-se as primeiras tentativas de imposição de limites ao poder centralizado e arbitrário do monarca.

Já por volta de 1188, um pacto tido como político, com características constitucionais, que determinava, em regra geral, a obediência a uma ordem preestabelecida pelo conselho dos bispos, nobres e homens bons, chamado de Foral de Leão, foi estipulado no reinado de D. Afonso IX<sup>18</sup>, na Espanha.

Posteriormente, em 1215, está o verdadeiro marco inicial da revolução que se seguiria. Em 15 de junho, João sem Terra, rei da Inglaterra, outorgou a Magna Carta, em resposta aos barões do reino. Em disputa com a França pela Normandia, João sem Terra, para financiar as disputas bélicas, aumentou os tributos. Em resposta, os barões exigiram, para o cumprimento de suas obrigações, o reconhecimento formal de seus direitos. Paralelamente, o monarca entrava em disputa com a Igreja. Como forma de minimizar a crise, assinou a Magna Carta. Finalmente, em 1225, o documento se tornaria definitivo<sup>19</sup>.

Como mero instrumento protecionista dos interesses da classe nobre, a Magna Carta cumpriu bem a sua função de tutelar os interesses dos ingleses e não dos homens<sup>20</sup>. Mas foi como marco do pré-constitucionalismo que ela se consolidou, na medida em que se transmutou na semente da limitação do poder monárquico, essência do pré-constitucionalismo.

Mais do que isso, porém, a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita  
[...]

Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados<sup>21</sup>.

Vê-se, portanto, que a antiga preocupação dos gregos e romanos com a limitação do poder do governante ainda é uma preocupação recorrente durante a Idade Média, muito embora a sociedade fosse claramente representada por divisões estamentais (nobreza, clero e povo) e com o poder concentrado na mão do monarca.

---

<sup>18</sup> MALUF, *op. cit.*, p. 192.

<sup>19</sup> COMPARATO, 2001, *op. cit.*, 50 e 60.

<sup>20</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

<sup>21</sup> COMPARATO, 2001, *op. cit.*, p. 65.

Esse documento formalizou também o *habeas corpus*<sup>22</sup>, que posteriormente seria reconhecido em documento próprio pela Lei de *Habeas Corpus (Hábeas Corpus Act)* em 1679. Entretanto, antes disso, a Petição de Direitos (*Petition of Rights*) de 1689 confirmou a importância da Magna Carta, ratificando preceitos anteriormente previstos, especialmente o artigo 39, que assim dispunha:

“Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicado a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país<sup>23</sup>.”

Em 1688, a Inglaterra começou a modificar sua estrutura, deixando para trás a monarquia embasada no direito divino do monarca e transmutando-se para a monarquia constitucional. A Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), documento surgido cerca de um século antes da Revolução Francesa, concretizou as bases da soberania popular e serviu de inspiração para a democracia liberal que se instauraria na Europa e América no final do século XVIII.

O *Bill of Rights*, além de retirar da mão do soberano o ato de legislar e passar essa prerrogativa para o Parlamento e dar uma nova estrutura para a burguesia da época desenvolver-se é, ainda hoje, um dos mais importantes textos constitucionais da Inglaterra.

Todos esse documentos, aqui brevemente tratados, serviram como preparação e influência para a reformulação política, econômica e cultural, que viria posteriormente com a Revolução Francesa e com a independência norte-americana.

Esses dois últimos acontecimentos, por sua vez, estabeleceram uma nova forma de pensar o direito, voltada para o homem e preocupada com uma organização que proporcionasse o bem-estar na relação indivíduo-Estado.

#### **4. O Estado Liberal**

Estão no liberalismo as primeiras premissas e princípios do Estado do Direito. Sob o enfoque econômico, o pensamento liberal surgiu como reação ao sistema mercantilista e com o aparecimento da classe burguesa nos fins do séc. XII e início do sec. XIII.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 157.

Para os pensadores econômicos, o liberalismo nasceu a partir de duas escolas econômicas, a Escola Fisiocrata e a Clássica, a primeira francesa e a segunda inglesa<sup>24</sup>.

Os fisiocratas tinham como doutrina o “*laissez-faire, laissez-passer*”, isto é, “deixar fazer, deixar passar”, expressão atribuída a Vincente de Gournay<sup>25</sup>, amplamente conhecida e que entre outras coisas, pregava a eliminação do intervencionismo e a abertura alfandegária, estimulando o livre comércio e circulação de riquezas.

À burguesia como classe que efetivamente financiava todo o sistema político feudal, não interessava o antigo regime político, e os ventos para a proliferação do liberalismo era inteiramente favorável no início da Renascença (séc. XVI).

A Renascença é hoje referenciada como uma época de profunda crise intelectual na Europa, motivada por grandes acontecimentos, dentre eles, os descobrimentos proporcionados pelo alargamento das navegações; a Reforma e revolução científica representada pelo processo epistemológico inaugurado por Descartes<sup>26</sup>.

Ainda, o contraste entre a forma de vida europeia com a forma de vida de comunidades, (por vezes muito mais adiantadas), sobre as quais não havia qualquer notícia até então, foi o que proporcionou os descobrimentos, sobretudo, pela grande empreita das navegações<sup>27</sup>.

A Reforma Luterana, por sua vez, culminou por estilhaçar toda unidade espiritual da Igreja Católica responsável por toda certeza reinante na Idade média, na medida em que a palavra de Deus passou a ser interpretada de diversas maneiras na Europa, atendendo o chamado de Lutero, onde a todo paroquiano era lícito interpretar a palavra de Deus sem qualquer ingerência de filósofos ou teólogos.

Ao rigor do pensamento de Descartes, Bacon e outros oferecem à Europa uma alternativa para a epistemologia baseada na fé católica, e no estudo dos “desígnios de Deus”<sup>28</sup>.

Toda essa ebulição teórica da Renascença, calcada na razão, como substituta da fé, culminaria por afetar a relação de mando e obediência, na medida em que o poder divino dos monarcas já não era dogma inquestionável. Logo, na livre dicção de Scantimburgo<sup>29</sup> duas instituições foram

---

<sup>24</sup> HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. – 14 ed. – São Paulo: Atlas, 1995, p. 88.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> MICHELON JR., 2004, *op. cit.*, p. 42-44.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> SCANTIMBURGO, 1989, *op. cit.*

minadas pelos intelectuais da época – a Igreja (católica) e a Monarquia –, sob o signo da liberdade política, religiosa e econômica, cujo apogeu é a revolução de 1789.

O liberalismo se propôs, então, a limitar o poder do estado, sendo o constitucionalismo inspirado na ideia da força da Revolução Francesa, seu mais poderoso instrumento.

Ao iniciar uma breve referência histórica acerca do surgimento do pensamento liberal, ocorre esclarecer que, sem nenhuma pretensão ideológica no sentido Marxista, a dimensão econômica tem papel decisivo, daí porque o limiar dessa exposição lhe realça a ótica.

Feita essa introdução necessária, cabe nesse aspecto colocar em relevo duas concepções básicas da Escola Fisiocrata apresentadas por Paul Hugon<sup>30</sup>, a saber: a Ordem Natural e a Providencial.

Quanto à Ordem Natural destaca-se a atuação do doutor François Quesnay, médico da corte real, que se tornou líder da escola fisiocrata, e com sua publicação de “*Tableau Économique*” em 1758, fez uma apresentação do sistema econômico utilizando uma analogia ao fluxo sanguíneo, mostrando que os fenômenos econômicos aconteciam livres e seguindo uma ordem natural. Nesse sentido, a sociedade estaria dividida em três classes, sendo a classe de produtores agrícola a gerar riqueza.

A sociedade se compõe de três classes: uma “produtiva”, formada de agricultores; outra, constituída pelos proprietários imobiliários, e, finalmente, a classe chamada “estéril”, compreendendo os que se dedicam ao comércio, à indústria, aos serviços domésticos e às profissões liberais<sup>31</sup>.

Dando destaque à produção agrícola, e colocando-a como geradora de riquezas para a nação, estabelecer bases sólidas para o direito de propriedade da terra tornou-se imprescindível para os fisiocratas.

Justificando-se este direito “pela sua utilidade social”, onde junto com este direito de propriedade foi imputado ao proprietário os deveres de manter a terra produtiva, assegurando com isto que a produção fosse dividida em prol de todos, e ainda o “ônus do pagamento integral das taxas fiscais”<sup>32</sup>. Ainda, do direito a propriedade da terra, os fisiocratas passaram a justificar o direito a propriedade de modo geral, e com essa base jurídica desenvolveu-se o “individualismo”.

Destaca-se, portanto, que as contribuições da Escola Fisiocrata para o pensamento moderno foram os conceitos de liberalismo e individualismo. Esses conceitos foram posteriormente,

---

<sup>30</sup> HUGON, 1995, *op. cit.*, p. 90-91.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 93.

retomados e reformulados pela Escola Clássica, surgida quase simultaneamente a Fisiocrata, cujas principais concepções fundamentaram-se nas ideias de Adam Smith, Thomas Robert Malthus, David Ricardo e Stuart Mill.

A Escola Clássica teve como “A riqueza das nações” de Adam Smith publicada em 1776, onde o autor defendeu que, ao invés dos mercantilistas que consideravam que a riqueza de uma nação era gerada pelo acúmulo de metais preciosos, e dos fisiocratas que tinha como fonte geradora de riquezas a produção agrícola, a riqueza de uma nação acontecia com o trabalho produtivo do homem, e esta noção de trabalho “é característica da sua concepção de liberdade natural”<sup>33</sup>.

Nesse sentido,

O liberalismo e o individualismo dos clássicos estavam associados ao bem comum: os homens, ao maximizarem a satisfação pessoal, com o mínimo de dispêndio ou esforço, estariam contribuindo para a obtenção do máximo bem-estar social. [...] O pensamento clássico fundamenta-se, portanto, no individualismo, na liberdade e no comportamento racional dos agentes econômicos, com a mínima presença do Estado, que teria como funções precípuas a defesa, justiça e a manutenção de certas obras públicas.<sup>34</sup>

No que se refere a Ordem Providencial, seus defensores acreditavam que a ordem natural era desejada por Deus para o bem dos homens, e por ser vontade divina, esta deveria ocorrer de forma natural e, portanto, livremente.

Assim, para os fisiocratas, essa liberdade seria a “base do progresso econômico e social”, onde o direito à propriedade só seria exercido se houvesse liberdade, e que “esta serve de estímulo à propriedade [...] e a expansão desse direito constitui o principal fator do progresso social”. No mesmo sentido, “o soberano não deve “fazer” as leis, mas, sim, apenas torná-las conhecidas em função da ordem natural, ou melhor, declará-las, fazendo com que sejam respeitadas”<sup>35</sup>.

Mas a tese de que o poder do soberano deveria ser absoluto porque dado por Deus, (Jaime I da Inglaterra) já provocava controvérsias na própria escolástica com São Tomaz de Aquino e Francisco Suarez, que reafirmavam a autoridade divina do poder que é transmitido não somente aos reis, mas também aos magistrados e ministros pela comunidade, conforme João Oliveira Tôrres<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 101-103.

<sup>34</sup> SOUZA, Nali de Jesus. *Curso de Economia*. 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 46.

<sup>35</sup> HUGON, 1995, *op. cit.*, p. 98.

<sup>36</sup> TÔRRES, João C. de Oliveira. *Harmonia Política*. – Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, 1961, p. 51.

Notório que, que independentemente da concepção de cada filósofo, o que se tornou relevante foi a “luta contra o poder absoluto e pelos princípios liberais”<sup>37</sup>, que já se difundia por outros países.

Impende destacar, nesse viés, que a luta em favor de maior liberdade foi a tônica dos séculos XIV a XVIII. Ignácio da Silva Telles resume todo ideário liberal pela célebre frase de Rousseau: “se procurarmos em que consiste o maior de todos os bens, aquele que deva constituir o alvo de qualquer sistema de legislação, descobriremos que ele se reduz a dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade”<sup>38</sup>.

Prossegue, que os anseios dos pensadores políticos se resumiram na luta: i) nos séculos XIV a XV pela liberdade política dos monarcas e imperadores, contra a ingerência da igreja nos negócios do Estado e do Império; ii) no século XVI pela liberdade religiosa; iii) no século XVII pelas liberdades individuais e contra o absolutismo; e iv) no século XVIII, ainda contra o absolutismo, porém já com destaque no reconhecimento da igualdade de todos diante da lei<sup>39</sup>.

Contudo, o ponto culminante do liberalismo pode ser visto na maior das rupturas políticas que o ocidente conheceu – a Revolução Francesa.

Nesse sentido, atribui-se à obra de Locke a condição de “ponte de passagem do estado liberal inglês para o continental”.

(...) através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no *consenso*, de *subordinação* do poder executivo ao poder legislativo, de poder *limitado*, de direito de *resistência*, Locke expôs as diretrizes fundamentais do estado liberal, concluindo o período das guerras civis na Inglaterra e abrindo o novo período que, através de Montesquieu, chegará às constituições dos estados americanos e à Revolução Francesa<sup>40</sup>.

A Idade Moderna, por sua vez, apresentou uma dicotomia entre o poder absolutista do soberano e a liberdade individual, o que fez surgir a primeira noção de Estado de Direito.

Norberto Bobbio, corroborando com esta historicidade, afirmou que o surgimento do Estado moderno, liberal e democrático, ocorreu como reação contra o Estado absoluto:

Este nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do Século XVII e a revolução Francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental é o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês, que

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> TELLES, Ignácio da Silva. *A experiência da democracia liberal*. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 13.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. – 4 ed. – Brasília: editora Universidade de Brasília, 1997, p.41.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

ofereceu a maior contribuição para a solução deste problema, dá-se o nome específico de “constitucionalismo” ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal.<sup>41</sup>

Nesse ínterim, o principal problema enfrentado pelo estado constitucional moderno, e pelos seus pensadores, foi como limitar o poder do estatal.

Para elucidar tal dúvida desenvolveram-se três grandes grupos com o propósito de criação de remédios contra o abuso do poder estatal: teoria dos direitos naturais, ou *jus naturalismo*, para o qual o Estado teria um limite externo, um o direito inato de cada indivíduo, devendo o Estado assegurar aos cidadãos o livre exercício desse direito natural; teoria da separação dos poderes, onde “o limite do poder nasce da sua própria distribuição”, a medida que “não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo”; teoria da soberania popular ou democracia, considerada a verdadeira quebra do poder do Estado, que é “atribuir o poder a quem por sua própria natureza não pode abusar dele, ou seja, a vontade geral”<sup>42</sup>.

Note-se que a limitação está presente nas teorias do constitucionalismo moderno denotando que toda a moderna concepção de constituição traz amalgamado um viés liberal.

Nesse sentido, tem-se que o Estado de Direito e o Estado minimizado são facetas bastante acentuadas do liberalismo.

Impõe-se, assim, uma norma forma de cosmovisão de mundo. Do individualismo competitividade e egocentrismo próprio do Estado liberal para uma transposição comprometida com elementos mais socializantes, onde a própria sociedade ocupa um papel central<sup>43</sup>.

## 5. O constitucionalismo moderno

O constitucionalismo moderno, ou constitucionalismo propriamente dito, muito embora tenha um começo embrionário na Idade Média, somente foi oficializado no século XVIII. Composto de ideias revolucionárias para a época, rapidamente ligou-se à figura da Constituição (tal era a necessidade de um documento que garantisse a liberdade do cidadão e limitasse o poder do Estado) e teve como marcos históricos, respectivamente, os documentos escritos que ensejaram as novas perspectivas dos Estados Constitucionais norte-americano e francês:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 15-16.

<sup>43</sup> GUARESCHI, Pedrinho. *Psicologia social crítica: como prática de libertação*. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais<sup>44</sup>.

Assim, a diferença básica entre o constitucionalismo medieval e o moderno está no fato de que, enquanto este se traduz em um movimento político, social e cultural do século XVIII, aquele deve ser entendido como a busca pela limitação do poder do monarca, o que já representava um importante avanço em termos de direitos fundamentais. Canotilho bem definiu o constitucionalismo medieval: “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários, alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”<sup>45</sup>.

Inaugurava-se, portanto, oficialmente, o assim chamado Estado Constitucional submetido às leis e não mais à vontade do governante, comprometido com o cidadão e o seu bem-estar, e isso tudo, regido por um documento (escrito ou consuetudinário), garantidor desses novos valores:

Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático<sup>46</sup>.

Cumprе esclarecer, como anteriormente dito, que o constitucionalismo já existia na Europa, quando da instauração da monarquia constitucional na Inglaterra. Porém, como o processo inglês foi plenamente histórico, desenvolveu-se praticamente de maneira natural e espontânea, é forçoso separar o constitucionalismo em três movimentos propriamente ditos: o movimento constitucional inglês, o movimento constitucional francês e o movimento constitucional norte-americano.

O movimento inglês, reafirmamos, foi histórico e desenvolveu-se por meio de documentos que, tomando proporções inéditas, eclodiram na monarquia constitucional.

O movimento constitucional norte-americano, colônia inglesa na América, que à época já demonstrava aversão à monarquia de seus colonizadores teve o seu início formal com a Declaração de Virgínia de 1776 ou Declaração do Bom Povo de Virgínia, tida por muitos como a primeira carta de direitos fundamentais em sentido moderno.

---

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 48.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 89.

Anterior à independência norte-americana, a Declaração de Virgínia continha enunciados básicos de direitos fundamentais e influenciou, de certa maneira, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França.

O processo de independência norte-americana, primeiramente conduziu-se à formação de uma Confederação. Posteriormente, 12 das 13 colônias inglesas na América (*Rhode Island* ficou de fora) realizaram a Convenção de Filadélfia, estabelecendo um pacto federativo<sup>47</sup>.

Dessa convenção, realizada em 1787, surgiu a Constituição norte-americana que, de início não se preocupou tanto com os direitos fundamentais, constituindo-se mais em uma proposta voltada para o povo norte-americano do que para o homem genericamente. Aliás, esse é o ponto dissonante em relação à Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois esta teve um caráter muito mais universalista. Entretanto, das colônias que participaram da Convenção de Filadélfia, algumas só concordaram com a adesão ao documento se ele introduzisse uma Carta de Direitos Fundamentais, o que foi feito por Thomas Jefferson e James Madison através das dez primeiras Emendas da Constituição de Filadélfia, aprovada em 1791. Posteriormente acrescentaram-se outras emendas que no conjunto foram o *Bill of Rights* norte-americano, ou Constituição dos Estados Unidos, composta de direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Em 1789, como consequência dos reflexos liberais da época, que já vinham tomando conta da Europa, A Declaração do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto, torna-se a mais famosa e importante declaração de direitos, influência definitiva para as declarações posteriores. Muito embora tenha sido estabelecida depois da Constituição norte-americana, o que leva muitos a compará-las creditando a esta última certa influência às outras declarações, o mais correto seria considerar, primeiro, a importância de ambas, entretanto, reconhecendo o caráter muito mais universalista da declaração francesa.

No mais, a declaração francesa foi consequência de uma longa caminhada liberal durante o século XVIII que influenciou não só o documento francês, mas também refletiram seus ideais nas declarações norte-americanas anteriores. Assim:

As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como francesas são européias, como bem assinalou Mirkine-Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes Junior. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 198.

<sup>48</sup> SILVA, 1998, *op. cit.*, p. 159.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 161.

Dessa forma, concretizava-se o que hoje é denominado de primeira dimensão dos direitos fundamentais, embasada na política de abstenção do Estado e da liberdade do cidadão.

## **6. O Estado Social e os Direitos Sociais**

O mundo pós-guerra ofertou uma nova dimensão na função estatal de garantias, tanto de direitos individuais (projeto liberal) quanto dos direitos sociais.

Na livre dicção de Gustavo Zagrebelski, aos olhos dos sobreviventes da grande guerra era evidente que tanto ao Estado; nacional-burguês como no totalitarismo não sabiam a realidade do que faziam. Cresce assim, no ideário constitucionalista, regras e princípios voltados a defesa dos direitos individuais em reação aos horrores do nazi-fascismo e uma melhor distribuição dos bens de determinada sociedade sob a orientação do constitucionalismo, estado social de direito<sup>50</sup>.

No Estado social, a propriedade deixou de ser individual (liberal), a sociedade entre estado e individuo começou a ser vista com mais ênfase na questão social, ocorrendo um acentuado arrefecimento do individualismo que prevaleceu em todo o pensamento moderno a partir do iluminismo.

Esse “novo” direito, chamado de Social, traduziu-se naquele momento por um direito composto de significados, exercício e usufruto social, constante como direito público e subjetivo a ser assegurado pelo Estado.

O Estado Social, também chamado por alguns de Estado do bem estar (Welfare State) ou Estado providência, configura-se como resultado dos valores da solidariedade e igualdade.

Estado caracterizado pela intervenção destacou-se a partir da Primeira Guerra, quando a crise de 1929 provocou um aumento nas despesas públicas e o Presidente norte-americano Franklin

---

<sup>50</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. – Madrid. Espanha: Editorial Trotta, 2008.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

Delano Roosevelt em 1933 lançou o projeto New Deal (Novo Ajuste) com base na ideologia keynesiana<sup>51</sup> para promover um desenvolvimento na infra-estrutura dos Estados Unidos.<sup>52</sup>

A realização de políticas assistenciais se dava dentro de instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação de despesa pública, a manutenção do emprego e a criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e auxílio econômico àqueles que necessitassem.

Na Inglaterra, nos anos 40, o lema dos trabalhadores era a “*participação justa de todos*”, resumindo o universalismo da contribuição que era o fundamento do Estado Social.<sup>53</sup>

Na esteira do movimento, surgiram no início do século XX Constituições de destaque. Registra-se, então, especial atenção às Constituições Mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), nas quais era possível encontrar textos que alcançavam vigência ao firmar compromissos constitucionais com o direito econômico, direito dos trabalhadores, direito político e direito social.<sup>54</sup>

É possível afirmar, então, que o Constitucionalismo manifestou preocupação com o indivíduo enquanto parte integrante e essencial da sociedade, sendo fundamental seu papel nas mudanças de ideologia e de realidade sócio-estrutural como característica de um chamado *Constitucionalismo Social*, um importante movimento para proteger as garantias mínimas da dignidade do indivíduo<sup>55</sup>.

O Estado, imbuído dessa ideologia, passou a se manifestar através de políticas públicas e sociais, verdadeiro sistema de ações com o objetivo de investimento social. Eis o surgimento do Estado Social que, posterior aos direitos sociais, passou a implementar os ideais referentes a eles.

---

<sup>51</sup> A ideologia keynesiana recebeu este nome por causa do economista inglês John Maynard Keynes e refere-se ao chamado neoliberalismo. O Estado neoliberal foi uma ampliação do Estado liberal. Este teve por característica o não intervencionismo estatal e propugnou, principalmente, pela livre iniciativa. Aquele tinha, a princípio, dois significados: primeiramente foi utilizado para adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências do Estado regulador e assistencialista (*welfare state*); depois, a partir da década de 70, sobretudo por conta da crise do petróleo, foi utilizado para defender a absoluta liberdade de mercado. O neoliberalismo é conhecido, também, como capitalismo corporativo, globalização corporativa ou, ainda, economia suicida.

<sup>52</sup> Além de desenvolver a infra-estrutura, o *New Deal* norte-americano também foi o responsável por várias ações econômicas e sociais que acabaram por criar as bases do *welfare state*.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 417.

<sup>54</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constitución y Derechos Sociales*, Revista Derecho del Estado no. 15. Bogotá. Dezembro de 2003, p. 81.

<sup>55</sup> *Constitucionalismo*, identificado como técnica da liberdade, técnica que assegurava aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e coloca o Estado em condições de não poder violá-los. É afirmativo, então, que o *Constitucionalismo* consistia na divisão de poderes de modo a impedir o absolutismo (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO 2004, *op. cit.*, p. 250).

Citando Contreras Peláez, Miguel Carbonell aponta três condições para a existência do Estado Social: a incapacidade do indivíduo satisfazer sozinho suas necessidades básicas; existência de riscos sociais que não poderiam ser enfrentados pelos modelos baseados em responsabilidade individual; início de um pensamento sobre a obrigação do Estado prover as necessidades básicas de seus indivíduos, sob pena de alegação de sua ilegitimidade.<sup>56</sup>

Os direitos sociais carregam historicamente, desde então, como pressuposto, a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna; assim, os direitos sociais necessitam que o Estado seja a sua referência, quer em uma perspectiva normativa e reguladora, quer em uma perspectiva prestacional.

(...) os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.<sup>57</sup>

E, ainda,

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.<sup>58</sup>

Em âmbito internacional, o primeiro momento de reconhecimento dos direitos sociais foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sucedido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, documento específico a respeito de tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 contemplou tais direitos ao estabelecer um capítulo específico sobre direitos sociais, com previsão expressa no artigo 6º acerca da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados Além disso, considerando os princípios e fundamentos

---

<sup>56</sup> CARBONELL, Miguel. *Eficácia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Avila. *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Quito: Ministério de Justicia e Derechos Humanos de Ecuador, 2009, p. 57 e 58. “Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas; b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual; c) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.”

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 759.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, p. 56 e 57.

do Estado brasileiro, é possível a constatação da existência de outros direitos sociais não previstos expressamente e outros, ainda, no Título VIII específico sobre a Ordem Social.

Contudo, os direitos sociais, ainda que dependentes de políticas públicas são, pois, também, de ordem subjetiva, oponíveis *erga omnes*, porque fundamentais, e possuem, também, outras dimensões que não se encerram nessa concepção porque enquanto direitos fundamentais, estes, assim considerados, assumem também uma dimensão institucional, indicando que o seu respeito e observância, constituem fundamento de validação da nossa ordem política e do estado democrático de direito.

Assim concebidos, isto é, como direitos a que correspondem obrigações de fazer, a cargo não apenas do Estado, mas da sociedade, em geral — não por acaso, ao enunciar alguns desses direitos (e. g., saúde e educação), a nossa Carta Política afirma que eles constituem "direitos de todos e dever do Estado" —, a primeira e radical indagação que suscitam esses novos direitos é saber como torná-los efetivos sem sacrificar os valores liberais, a cuja luz devem ser mínimas quaisquer intervenções na vida dos cidadãos.<sup>59</sup>

Tais direitos, então, em oposição aos direitos individuais (ou direitos de defesa) que postulam uma abstenção estatal, são caracterizados por uma ação positiva do Estado e, a princípio, não comporiam o conteúdo do conceito de direito fundamental:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado.<sup>60</sup>

Contudo, a historicidade supõe que, da gênese dos direitos individuais surgiram os direitos sociais.

Após a primeira geração (dimensão) dos direitos que consagrou a liberdade com a proteção da propriedade privada e autonomia da vontade, da própria afirmação da liberdade através da oposição à escravidão, desenvolveu-se o capital que, por sua vez, ao negar a liberdade em função da “escravidão” dos trabalhadores, criou os direitos sociais, denominados de segunda geração e antítese da própria tese.

Os direitos sociais, é possível dizer, se integram aos direitos fundamentais caracterizados pela preservação da dignidade humana, embora haja um campo de indeterminação e segundo a opção ideológica de cada Estado há um mínimo vital que liga os direitos sociais aos direitos fundamentais.

Assim:

---

<sup>59</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, 2000, *ibidem*, p. 760.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 432.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.<sup>61</sup>

Robert Alexy, por sua vez, fez importante distinção entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais de prestação. Defendeu que o primeiro grupo referia-se aos direitos de prestação previstos de forma expressa, enquanto que o segundo grupo seria obtido através de interpretações sociais dos direitos de liberdade e de igualdade; direitos individuais, portanto.<sup>62</sup>

Na observação do autor os direitos sociais são chamados de direitos à proteção (em sentido estrito), e são aqueles condizentes com todos os direitos que clamam por uma ação positiva do Estado, sendo divididos em direitos cujo objeto é uma ação fática e direitos cujo objeto é uma ação normativa.

Comportam algumas variáveis: direitos à proteção, direitos a organização e procedimentos e direitos a proteções em sentido estrito (ou direitos sociais propriamente).<sup>63</sup> Segundo o autor, todos devem ser subjetivos e de nível constitucional para pertencerem aos direitos a prestações em sentido amplo. Ou seja, não compõe o conjunto o direito subjetivo que não seja constitucional, tampouco o direito constitucional que não seja subjetivo (direito constitucional objetivo).<sup>64</sup>

Direitos sociais nesse contexto, portanto, são direitos à prestação (em sentido estrito), que exigem do Estado medidas para atenuar a desigualdade.<sup>65</sup>

(...) os direitos fundamentais da Constituição Alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples...

(...) O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo.<sup>66</sup>

Segundo disposição constitucional brasileira, e diferentemente da Constituição alemã, os direitos sociais são, além de substanciais, tal o conteúdo principiológico de sua característica

---

<sup>61</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 41.

<sup>62</sup> ALEXY, 2006, *op. cit.*, p. 499.

<sup>63</sup> São direitos a proteção “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros.” Direitos a organizações e procedimentos referem-se “tanto a direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais.” Por fim os direitos à prestação que “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.” ALEXY, 2006, *ibidem*, p. 451, 474 e 499.

<sup>64</sup> ALEXY, 2006, *ibidem* p. 450 e 451.

<sup>65</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, 2006, *op. cit.*, pág. 143.

<sup>66</sup> ALEXY, 2006, *op. cit.* p. 511 e 512.

de fundamentalidade, também formalmente fundamentais por força do Título II da Constituição Federal de 1988.

A maioria doutrinária trabalha somente a característica de norma programática aos direitos sociais porque, como *mandados de otimização*<sup>67</sup>, vinculariam os Poderes Públicos impondolhes o cumprimento imediato e direto através de políticas públicas eficazes e abrangentes.

Diferentemente, Vidal Serrano Nunes Júnior nega essa percepção única e defende que nem todos os direitos sociais são normas programáticas.

Segundo essa teoria aqui apontada, conceitualmente os direitos sociais não se resumem simplesmente em direitos prestacionais. De outra feita, são, pois, uma gama de direitos com identidades de objetivos, mas que, por vezes, não apresentam a mesma natureza.

Referido autor postula que o legislador, ao identificar os direitos sociais e verificar a necessidade de implementação da atuação estatal para construir resultados, deve observar cinco diferentes estratégias de positivação desses direitos, porque a Constituição Federal de 1988, ao positar direitos sociais, não usou o método de análise eficaz clássico<sup>68</sup>:

- a) A positivação por meio de normas programáticas;
- b) A positivação por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos;
- c) A positivação por meio de garantias institucionais;
- d) A positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico;
- e) A positivação por meio de normas projetivas.

Vale lembrar, por oportuno, que a classificação aqui apresentada não considera a classificação clássica de José Afonso da Silva em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas de eficácia contida e eficácia imediata e eficácia limitada (normas de princípios institutivos e normas de princípios programáticos).<sup>69</sup>

No primeiro caso da classificação apontada, as normas programáticas, tal a densidade normativo-principiológica, não comportam efetivação clara e imediata, necessitando da intermediação de outros comandos legais. Nesta forma de positivação, o constituinte

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

<sup>68</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, *passim*.

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*.

institucionalizou os direitos sociais apontando programas, diretrizes, tarefas ou finalidades a serem seguidas pelo Poder Público. Assim, a norma constitucional determinou um fim a que o Estado deve perseguir.

No segundo caso, diferentemente das normas programáticas, neste tipo de posituação a Constituição delimitou o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva imediatamente usufruível, sendo esta a característica mais clara quanto à sua fundamentalidade.

No terceiro caso, as garantias institucionais se estenderam ao campo da ordem constitucional social e contemplaram instituições sociais, consubstanciando direitos subjetivos públicos e organizando estruturas destinadas a garantir instituições próprias da vida compartilhada.

No quarto caso, as cláusulas limitativas do poder econômico têm por objetivos evocar a presença do Estado em matéria prestacional e determinar que os direitos fundamentais, enquanto categorias jurídicas, não devem se restringir a focar o Estado como único polo, em contraposição com o indivíduo.

Por fim, o quinto caso, referente às normas constitucionais quando geram situações subjetivas de vínculo negativo, impondo a todos os destinatários, forjando o dever de respeito e contaminando de injuricidade qualquer conduta com ela incompatível.

Assim, de uma forma ou de outra e, principalmente, quando os direitos sociais fazem referência à posituação por meio de normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos, eles têm uma estrutura normativa muito clara, a ponto de não deixar dúvida para o intérprete da presença de norma jus-fundamental plena e imediatamente exigível, com prerrogativa subjetiva, identificação incontroversa, objeto bem definido e dever jurídico direcionado ao Poder Público:<sup>70</sup>

Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público.

Opção constituinte por esta técnica de consagração, sobretudo quando, como nos casos dos direitos à educação e saúde, se fez com prescindência de lei (norma de eficácia plena), revela um propósito claro: o de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e pendengas partidárias.

---

<sup>70</sup> NUNES JUNIOR, 2009, op. cit., p. 123 e 124.

Assim, independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua maioria legislativa, tais direitos devem ser observados, possuindo, inclusive, justiciabilidade.

São temas que a Constituição quis colocar acima das variações administrativas, partidárias e políticas, sendo certo que instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Judiciário, quando provocados, devem garantir sua aplicação.<sup>71</sup>

E finaliza, o autor, com a seguinte perspectiva:

Direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.<sup>72</sup>

Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet, apoiado em Robert Alexy e J.J. Gomes Canotilho, são dois os grupos de direitos fundamentais: os direitos de defesa e os direitos de prestação. Estes últimos, por sua vez, são divididos em direitos a prestação em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito.<sup>73</sup>

Classificações à parte, referido autor disciplina:

De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais, havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações.<sup>74</sup>

Além do mais, e o mais importante, os direitos sociais também podem ser considerados direitos fundamentais em função de sua historicidade. Enquanto direitos de segunda geração, os direitos sociais nasceram porque, após o movimento absenteísta dos direitos de primeira geração, o cidadão se apercebeu de sua hipossuficiência e necessidade das prestações estatais.

Dessa forma, é possível dizer que os direitos sociais são uma evolução e contraponto dos direitos individuais porque somente estes teriam um suporte fático que os justificaria como

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 127 e 128.

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n. 1, 2001, pág. 14. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 24.jun.2018.

<sup>74</sup> SARLET, 2001, *op. cit.*, p. 153.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 17-18.

fundamentais calcados na “garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal”.<sup>76</sup>

É, também, um direito referente a uma dimensão globalizada, integrante ( não-excludente, não refratária ou meramente dogmática, excessivamente formal ou sectária) que busca, por essência, a máxima realização da isonomia e da proporcionalidade. Nesse sentido, o Estado Social, histórico, abre espaço para o direito social, contemporâneo e globalizado, caracterizado por sua prática sócio-global<sup>77</sup>.

## **7. O novo constitucionalismo global**

Sobre o fundamental princípio da soberania foi construído o direito público do Estado moderno na Europa.

Do ponto de vista jurídico, a soberania expressava-se mediante a recondução de qualquer manifestação de força política do Estado.

Na perspectiva interna, a soberania indicava a incomensurabilidade do Estado frente a quaisquer outros sujeitos.

Na perspectiva externa, os Estados se apresentavam como fortalezas fechadas, protegidas pelo princípio da não ingerência.

A noção básica do direito do Estado está em sua vertente interna (o direito público interno) ou na externa (o direito público externo – internacional).

Hoje esta noção não pode reconhecer-se como aquela realidade política operante.

Desde o final do século passado atuam vigorosas forças corrosivas, tanto interna como externas: o pluralismo político e social interno, que se opõem à ideia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso com frequência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização promovida às vezes pelos próprios Estados que integram seus poderes em dimensões supraestatais subtraindo assim a disponibilidade dos Estados particulares<sup>78</sup>.

É o caso, por exemplo, do continente europeu e a sua União Europeia que, passados alguns anos, ainda enseja calorosas discussões a respeito de sua composição jurídico-política.

---

<sup>76</sup> SILVA, Afonso Virgilio da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006, p. 23-51.

<sup>77</sup> FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do Século XXI*. Tradução Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Cassoti. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

<sup>78</sup> ZAGREBELSKY, 2008, *op. cit.*, p. 11.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

Por um lado, a EU é uma organização supranacional sem constituição própria, fundada sobre contratos do direito público internacional. Em tal medida ela não é um Estado (no sentido do Estado constitucional moderno, amparado sobre o monopólio do poder e soberano tanto interna quanto externamente). Por outro lado, os órgãos da comunidade criam um direito europeu que vincula os Estados-membros. E em tal medida a EU exerce direito de soberania, que até então estava reservado ao Estado em sentido estrito<sup>79</sup>.

Dessa forma, há tempos se fala do surgimento de um Direito constitucional europeu comunitário e de um espaço constitucional europeu, que teria como Constituição a Convenção Europeia de Direitos do Homem, e o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo como titular de uma jurisdição constitucional comum europeia. Assim, a ideia de Constituição deixa o horizonte nacional para trás e avança mais além, para os campos supraestatais<sup>80</sup>.

Ocorre, porém, que o projeto de Tratado sobre uma Constituição para a Europa, adotado na Convenção da União Europeia de 2003, até o momento, é um projeto fracassado<sup>81</sup> porque rechaçado em referendos na França e Holanda. E isso, porque:

O euroceticismo quanto ao direito constitucional leva portanto ao um argumento empiricamente fundamentado: enquanto não houver um povo europeu suficientemente “homogêneo” para formar uma vontade política, não deve tampouco haver uma Constituição europeia<sup>82</sup>.

Posteriormente, mas ainda não obtendo o sucesso programado em virtude de pendência de regulamento viabilizador da democracia participativa, o Tratado de Lisboa de 2007, com entrada em vigor em 2009, buscou superar o fracasso da “Constituição Europeia” criando novos dispositivos menos simbólicos, substituindo o Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica e o Tratado da União Europeia e re-denominando a então Comunidade Europeia de União Europeia.

Enfim, o objetivo de unificação política plena da Europa ainda transita o horizonte, mas agora de maneira menos entusiasta. Um primeiro projeto chamado de Europa das Nações já resta superado e o outro projeto, chamado de Europa de Estados, em vigor hoje, mantém viva as soberanias dos Estados-membros da União Europeia.

Contudo, em que pese os esforços ainda em vão, parte de uma doutrina europeia engajada no constitucionalismo global defende que em algum momento as Constituições nacionais poderão

---

<sup>79</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pág. 177.

<sup>80</sup> BIAGGINI, Giovanni. *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?*. Zúrich: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Nueva época, tomo CXIX (2000), vol. 1, cuaderno 5, pp. 42-75), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 7, 2003.

<sup>81</sup> DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*. Madri: Trotta, 2007, p. 30.

<sup>82</sup> HABERMAS, 2002, *op. cit.*, p. 178.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

sucumbir e, se isso ainda não aconteceu, contrário senso, já seria possível defender a ideia de que essas mesmas Constituições nacionais já são instrumentos viabilizadores e concretizadores de uma Constituição global comprometida com o projeto internacional para os direitos humanos<sup>83</sup>.

Hoje, os Estados-membros da União Europeia possuem sistemas constitucionais próprios sem, contudo, afetar o direito comunitário implantado na Europa<sup>84</sup>.

Destarte, um Estado que queira pertencer à família de Estados europeus deve, hoje em dia, poder exibir uma Constituição qualificada que se ajuste a um determinado modelo de democracia e Estado de Direito. Só então será admitido no Conselho da Europa.

Após o advento do Direito Comunitário na Europa, é possível afirmar a existência de um novo constitucionalismo, dito global porque emergente da nova ordem internacional, que tende a subverter conceitos antigos de forma a fortalecer a interconstitucionalidade<sup>85</sup> e atribuir à dignidade humana o subsídio do constitucionalismo<sup>86</sup>.

Contudo, desde a Constituição como plataforma de partida que representa a garantia da legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um outro sinal, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional.

Esta é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo.

Nessas circunstâncias deve ser considerado possível substituir em sua função ordenadora, a soberania do Estado pela soberania da Constituição<sup>87</sup>.

Nesse ínterim, é possível falar em concretização dos direitos fundamentais dentro do âmbito comunitário com a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao arcabouço jurídico comunitário europeu<sup>88</sup> sem, entretanto, creditar a isso a efetivação de Constituição única e supranacional<sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Do constitucionalismo global*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 15, jan-jun, 2010. <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em 21.jun.2018.

<sup>84</sup> POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu*. São Paulo: Método, 2003, p. 103-104.

<sup>85</sup> A interconstitucionalidade enquanto fenômeno constitucional estuda as relações entre diversas Constituições que compõem um mesmo espaço político.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 283.

<sup>87</sup> ZAGREBELSKY, 2008, *op. cit.*, p. 13.

<sup>88</sup> Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>

<sup>89</sup> Antes disso, defende-se o ponto de vista do diálogo constitucional, como proposto pelo transconstitucionalismo. Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo não é um processo de formação de transconstituições, mas uma proposta de diálogo entre os sistemas constitucionais. Assim, pode haver o transconstitucionalismo sem uma transconstituição, na medida em que o prefixo trans aponta para a ocorrência de elementos que atravessam os sistemas, e não que os unificam em uma espécie de metassistema. No espaço comunitário, assim, deverá haver o diálogo constitucional legitimador naquilo que é chamado por Marcelo Neves de concepção histórico-universal de

Vale dizer, as Constituições ocupantes de espaços comunitários deverão passar por uma análise sob a ótica do direito exarado dos princípios, considerar a atividade de interpretação com base em uma hermenêutica evolutiva<sup>90</sup> e, ainda, avaliar a interferência de normas internacionais, demanda antecipada por Bóris Mirkine-Guetzévitch já no entre guerras:

nas novas constituições, a tendência para a racionalização do poder manifesta-se também pela penetração do direito internacional nos textos constitucionais, pelo reconhecimento da força obrigatória das normas de direito constitucional<sup>91</sup>.

Ou seja, na esteira do posicionamento neoconstitucional e tudo o que ele engloba, das novas perspectivas hermenêuticas à supremacia constitucional, da constitucionalização do direito como um todo à universalização do projeto constitucional<sup>92</sup>, a interpretação evolutiva considera a progressiva concretização dos princípios constitucionais para promover a alteração na compreensão dos significados e não na alteração da “letra da lei”, além de considerar as normas internacionais em sua análise.

Princípios, portanto, passam a ser o “carro-chefe” para a efetivação de direitos fundamentais, também no âmbito comunitário e, por via de consequência, portanto, em ambiente multicultural<sup>93</sup>.

E mais, é nessa perspectiva de soberania constitucional, então, que se apresenta possível a discussão da ideia de superação do Estado como pressuposto do Direito Constitucional implementada pelos juristas alemães.

O Estado agora só seria Estado naquilo que a Constituição o determinasse como tal<sup>94</sup>, ainda que “a doutrina dominante, hoje, analisa (sic) o Estado a partir de uma Constituição

---

Constituição, ou seja, norma jurídica suprema dentro de uma ordem social, em uma relação de coordenação e não mais de subordinação. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo. Martins Fontes, 2009, *passim*).

<sup>90</sup> A interpretação evolutiva “consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4º ed.. São Paulo: 2001, p. 135).

<sup>91</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. *Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933, p. 95.

<sup>92</sup> CUNHA, 2010, *op. cit.*

<sup>93</sup> O multiculturalismo possui diversas formas de compreensão, porque conceito amplo. A intenção aqui é utilizar o multiculturalismo sob a ótica do multiculturalismo crítico que mais se enquadra na proposta comunitária. Esse multiculturalismo considera a sociedade pluralista e objetiva a implementação do reconhecimento enquanto política de valorização das diferenças culturais

<sup>94</sup> DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. 2007, *op. cit.*

democraticamente legitimada”<sup>95</sup> e “muitos e prestigiados autores têm negado a possibilidade e, mesmo, a pensabilidade de uma constituição divorciada do Estado e da Nação”<sup>96</sup>.

E a União Europeia, palco para a premissa do chamado constitucionalismo global “surge como uma instituição que deve ser suportada e com cujas abstrações nós temos de conviver”<sup>97</sup>, porque no âmbito do seu espaço comunitário abre-se a possibilidade de interlocução a respeito do papel da Constituição e do Estado.

Para muitos, o projeto de Constituição Europeia fracassou porque a Europa não é um Estado e, este, enquanto “categoria política ontologicamente pré-existente”<sup>98</sup> seria o elemento ensejador da Constituição.

Jürgen Habermas em referência ao posicionamento de Dieter Grimm, critica a imposição de uma Constituição única no bojo da União Europeia:

D. Grimm evidencia as consequências indesejadas que a transformação da União Europeia em um Estado confederado de constituição democrática poderia ocasionar, caso as instituições não pudessem lançar raízes em solo fértil. Enquanto faltarem uma sociedade civil integrada em âmbito europeu, uma opinião política e uma cultura política em comum, os processos decisórios supranacionais necessariamente continuarão se autonomizando em face dos processos de formação de opinião e de vontade, que são hoje como ontem organizados em âmbito nacional. Considero plausível esse prognóstico em relação aos perigos<sup>99</sup>.

Por outro lado, o direito comunitário deve ter em seu âmbito o diálogo constitucional e não somente o diálogo meramente nacional. E por diálogo constitucional entenda-se um discurso para além das Constituições documentadas. Pressupõe, pois, um diálogo entre direito e política que parta de premissas substanciais<sup>100</sup>.

Segundo essa concepção, e fazendo referência ao espaço comunitário, afirma-se, ainda, a existência de sistemas nacionais soberanos e autônomos, problemática perpetuada quanto às novas relações constitucionais.

É o mesmo que encarar as novas situações, chamadas pelos europeus de pós-modernas, com a mesma perspectiva paradigmática liberal-individualista-normativista que tem em seu modo de produção (do ponto de vista da política econômica de regulamentação, proteção e legitimação em um dado espaço nacional, em um momento específico) a instituição do Direito para resolver

---

<sup>95</sup> CANOTILHO, 2006, *op. cit.*, p. 133.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>97</sup> HABERMAS, 2002, *op. cit.*, p. 180.

<sup>98</sup> CANOTILHO, 2006, *op. cit.*, p. 202.

<sup>99</sup> HABERMAS, 2002, *op. cit.*, p. 176-179.

<sup>100</sup> NEVES, 2009, *op. cit.*

disputas meramente interindividuais, o que denota a crítica à impossibilidade de “encaixe” no sistema de Estado Democrático de Direito<sup>101</sup> e de relações no espaço comunitário.

Por fim, talvez seja a hora de reconhecer que este panorama denota uma nova legitimidade constitucional que se refere a contextos regionais específicos passíveis de estabelecimento de limites políticos. Nesse ambiente, então, os Estados estabelecem relações e situações supranacionais que um dia poderão se converter em Estado unificado, mas que por agora, ainda não observam essa unicidade.

## **8. Conclusão**

O pensamento liberal encontrou no constitucionalismo um forte instrumento para os propósitos de liberdades política, religiosa e econômica.

Na busca de maiores liberdades contra o absolutismo estatal e da igreja, foram desenvolvidos mecanismos que garantissem uma maior liberdade e igualdade dentre os quais destacamos a separação rígida dos poderes do estado e o sistema de freios e contra pesos.

Assim desenvolveu-se a dogmática de jurisdição constitucional, dentro de uma concepção absolutamente liberal. As constituições com raríssimas exceções constituíram instrumento de limitação de poder, com mecanismos de controle dessa constitucionalidade, vista como a conformação de um instrumento normativo ao texto constitucional.

O pós-guerra deu nova dimensão ao constitucionalismo promovendo uma transição do estado liberal ao estado social influenciando assim na cosmovisão jus-política. Da mesma forma, o fenômeno da globalização tem promovido um desafio quanto a forma de conceber as tradicionais instituições.

E um dos principais paradigmas do direito moderno que, aliás, remonta há séculos, é a chamada “soberania nacional”, que representa a supremacia do Estado-nação na ordem interna e a sua absoluta independência em suas relações internacionais. Durante vários séculos, referido paradigma foi considerado absoluto.

Até Hans Kelsen, com a tese de ilusão da soberania, o fenômeno passou por variações conceituais e apresenta na atualidade uma tendência ao fenecimento de sua gênese, passando por transformações que poderão culminar em alterações e redefinições da própria sociedade.

Essa questão é resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, que tenta compreender o Estado de um modo diferente da formatação original, influenciado,

---

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31-33.

primeiramente, pelo surgimento do modelo comunitário de organização social, com origem em um processo integracional, sobretudo econômico, eclodindo nas questões jurídicas.

E a globalização, fenômeno antigo, é hoje agente redefinidor da cooperação internacional e de seus conceitos, atuando como causa direta de várias modificações ocorridas no direito contemporâneo.

Mais do que o fim da “guerra fria”, a globalização impulsionou essa transição, propulsionando vários acontecimentos nas últimas décadas, fenômeno impulsionado pela atual redefinição dos direitos fundamentais. Isso porque o direito deve estar “vivo”, adaptando-se aos novos fenômenos, modificando seus próprios conceitos.

A partir disso, vem ocorrendo um fenômeno mundial que tem sido conhecido como “*flexibilização da soberania nacional*”, que não é um conjunto de acontecimentos que se voltam à coletividade mundial, até por que as várias constituições nacionais possuem, em regra, supremacia em relação ao Direito Comunitário.

Ocorre que a supranacionalidade, independente de realmente existir ou não, é imprescindível para a efetiva aplicação desse direito. Nesse contexto, integração e globalização não se confundem, apesar de incidirem em conjunto, tendo em vista que aquela resultou na necessidade de integração entre países.

O objetivo geral da integração é a fusão das economias, por intermédio das mais diversas teorias: clássica, neoclássica e estruturalista, criando, em síntese, dois efeitos: estático e dinâmico. Trata-se, no entanto, de um caminho longo e trabalhoso, constituído por sucessivas fases, alcançadas com a adoção de um novo modelo de pensamento econômico.

As fases são, basicamente, cinco: zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; e união econômica ou monetária. Na derradeira etapa, unificam-se as políticas monetária, fiscal e cambial, cria-se uma moeda única e uma autoridade supranacional. Aqui, a “flexibilização da soberania” deixa de ser mera ficção.

Nesse diapasão, demonstra-se que a relativização das soberanias nacionais, desde que ocorra dentro de um processo voluntário e democrático de integração econômica que cumpra todas as fases, a partir das negociações iniciais até a formação completa do “bloco de integração”, com a criação e a obediência a uma autoridade internacional.

### **Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

\_\_\_\_\_. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes Junior. Curso de direito constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4º ed.. São Paulo: 2001.

BIAGGINI, Giovanni. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?. Zúrich: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Nueva época, tomo CXIX (2000), vol. 1, cuaderno 5, pp. 42-75), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 7, 2003.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. 7.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução Alfredo Fait. – 4 ed. – Brasília: editora Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, vol. I/II, 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Brancos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel. Eficácia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Avila. La Protección Judicial de los Derechos Sociales. Quito: Ministério de Justicia e Derechos Humanos de Ecuador, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 15, jan-jun, 2010. <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em 21.jun.2018.

DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural. Madri: Trotta, 2007.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução: Leandro Konder. 14.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

FRIEDMAN, Thomas L. O mundo é plano: uma breve história do Século XXI. Tradução Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Cassoti. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GUARESCHI, Pedrinho. Psicologia social crítica: como prática de libertação. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y Derechos Sociales, Revista Derecho del Estado no. 15. Bogotá. Dezembro de 2003.

HUGON, Paul. História das doutrinas econômicas. – 14 ed. – São Paulo: Atlas, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 6.ed. Coimbra/Portugal: Coimbra, 1997.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. Novas Tendências do Direito Constitucional. Trad. de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo. Martins Fontes, 2009.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

POZZOLI, Lafayette. Direito Comunitário Europeu. São Paulo: Método, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, n. 1, 2001, pág. 14. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 24.jun.2018.

SCANTIMBURGO, João de. O Brasil e a Revolução Francesa. – São Paulo: Pioneira, 1989.

CALISSI, Jamile Gonçalves e TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. Do pseudo constitucionalismo ao constitucionalismo comunitário global. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Afonso Virgílio da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006.

SOUZA, Nali de Jesus. Curso de Economia. 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TELLES, Ignácio da Silva. A experiência da democracia liberal. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

TÔRRES, João C. de Oliveira. Harmonia Política. – Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, 1961.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. São Paulo: Renovar, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. – Madrid. Espanha: Editorial Trotta, 2008.