

Direitos Fundamentais e a Dogmática do Bem Comum Constitucional

Orides Mezzaroba¹

Carlos Luiz Strapazon²

Resumo: Este artigo explora a teoria republicana dos direitos fundamentais. Seu objetivo é estabelecer conexões entre direitos fundamentais sociais e a noção de bem comum constitucional. A metodologia de abordagem é analítica, empírica e crítica. Parte da análise de conceitos jurídicos estabelecidos no material normativo, segue para uma verificação empírica de adequação dos conceitos operacionais mais importantes, a partir da jurisprudência, e desenvolve a crítica argumentativa a partir de várias referências teóricas pertinentes à interpretação dos direitos constitucionais à luz da preocupação com o bem comum constitucional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos de Seguridade Social. República. Bem Comum.

Abstract: This article is linked to the republican theory of fundamental rights. Its goal is to establish connections between fundamental social rights and the notion of the constitutional common good. The criticisms and justifications are grounded in a neorepublican political theory of the Constitution. The method of approach to the subject is analytical, empirical and critical. The paper starts with the analysis of legal concepts established in the normative material, to follow an empirical adequacy, based on case law, and develops argumentative criticism from various theoretical references relevant to fundamental rights.

Key words: Fundamental Rights. Social Security Rights. Republic. Common Good.

¹ Possui Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail:* orides@ccj.ufsc.br.

² Pós-Doutorando em Direitos Fundamentais na PUC-RS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor-pesquisador do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade do Oeste de Santa Catarina. *E-mail:* carlos.strapazon@unoesc.edu.br.

Recebido em: 15/04/2011.

Revisado em: 02/05/2012.

Aprovado em: 28/05/2012.

1 Introdução

Uma Constituição é sempre uma obra em evolução e terá as dimensões que as razões contrapostas puderem suportar. A teoria e o discurso prático do direito, de um modo geral, reconhecem a verdade desta sentença. Todavia, têm-se extraído dela menos consequências teóricas do que seria desejável. Na realidade há uma profusão de estudos específicos que avaliam inovações em direito, sejam legislativas, sejam jurisprudenciais, mas a ciência do direito não dispõe, ainda, de uma teoria geral da inovação evolutiva do direito. Uma que ofereça bons critérios para a compreensão das circunstâncias em que a *evolução* em direito se faça rigorosamente necessária. Esse *deficit* teórico tem efeitos especialmente importantes nos quadrantes dos direitos fundamentais.

O tema da *dignidade da pessoa humana* tem servido de fundamento para muitas inovações no discurso teórico e prático dos direitos fundamentais. É responsável, inclusive, por impactantes mudanças de perspectiva do discurso jurídico brasileiro sobre direitos fundamentais (SARLET, 2008). Tem inspirado inovações teóricas em várias áreas especializadas, com profundas consequências práticas, tais como a doutrina da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 1987; MARINONI, 2004), a constitucionalização do direito civil (TEPEDINO, 2004), o direito penal mínimo (BIANCHINI, 2002) e a criminologia crítica (ANDRADE, 2002). Parte da doutrina vem dizendo até, que é preciso admitir inovações em direito desde que representem uma proteção mais qualificada da dignidade da pessoa humana³.

Chama a atenção, todavia, que a dignidade da pessoa humana tenha respaldado sérias inovações evolutivas no âmbito dos direitos personalíssimos – em sede de direitos clássicos liberais – em que sua força jurídica

³ Essa é a conhecida posição de Miguel Reale, que sustentava que a pessoa humana é o “valor-fonte” de todos os valores individuais e coletivos, o que significava uma prioridade absoluta desse direito diante de outros bens e interesses individuais ou coletivos. Essa posição tornou-se bem conhecida em seus debates públicos contra os “fundamentalistas ecológicos”, como ele costumava dizer. (REALE, 2004a; 2004b)

é, praticamente, um dogma⁴. Quando, porém, o argumento da dignidade da pessoa humana é invocado para a solução de casos que envolvem direitos fundamentais sociais, sua eficácia fica seriamente condicionada. Inovações evolutivas em direitos sociais não se sustentam, regularmente, com base no fundamento da *melhor proteção da dignidade da pessoa humana*. Exige-se, em regra, que a eficácia evolutiva dos direitos sociais supere várias modalidades de objeções, como orçamentárias (objeção do economicamente possível), regulativas (objeção da carência legislativa), representativas (objeção do Poder Legislativo como a *arena legítima* da inovação em direitos), programáticas (objeção do Poder Executivo como *arena legítima* da inovação em políticas públicas), de titularidade (objeção da titularidade coletiva dos direitos sociais), entre outras.

Este trabalho identifica limitações na teoria constitucional brasileira quanto às técnicas disponíveis para expandir a eficácia de direitos fundamentais sociais. Uma premissa importante deste estudo é o entendimento de que tais direitos estão diretamente implicados com a proteção do *bem comum*. Por isso, a atenção do artigo recai sobre direitos sociais mais diretamente implicados com a proteção do *bem-estar social*⁵. Isso não significa que os interesses, os bens e os direitos individuais não sejam reconhecidos como componentes de um *bem comum* em sentido amplo. Revela, antes disso, uma preocupação especial com a construção de uma dogmática do *bem comum constitucional* como fundamento das inovações em direito. Por isso a atenção privilegiada aos direitos de bem-estar social, ao menos inicialmente, parece ser justificável.

⁴ Robert Alexy, em entrevista a Manuel Atienza, afirma que todos os princípios estão sujeitos a sofrer restrições em sua eficácia por ação de outros princípios. É que todos estão sujeitos ao processo de aplicação gradual, decorrente do juízo de ponderação; salvo o princípio da dignidade humana! Este não pode sofrer qualquer restrição por ação de outros princípios, posto que uma restrição a ele, qualquer que seja, já significa uma violação. É por isso que esse valor não teria natureza jurídica de um princípio, mas de uma de regra, ainda que por detrás dele haja também uma estrutura de ponderação. (ATIENZA, 2001, 678)

⁵ Os exemplos específicos deste estudo se circunscrevem no âmbito da seguridade social e direito do trabalho estabelecidos na Constituição. A razão dessa escolha é, de certo modo, argumentativa. São áreas que evocam, imediatamente, o entendimento que o senso comum jurídico tem quanto ao papel decisivo dos direitos fundamentais sociais no edifício de uma noção pública de bem comum.

As críticas e as justificativas estão fundadas numa teoria constitucional neorrepblicana. A metodologia de abordagem do tema é analítica, empírica e crítica. Parte-se da análise de conceitos jurídicos estabelecidos no material normativo, segue-se para uma verificação empírica de adequação, a partir da jurisprudência, e desenvolve-se a crítica argumentativa a partir de várias referências teóricas pertinentes aos direitos fundamentais. A matriz teórica do neorrepblicanismo (SANDEL, 2011, 2009, 2009a, 1998; PETTIT, 1999), tem mais peso na composição da análise e da crítica que será apresentada. Um pressuposto metodológico deste trabalho é que a linguagem da teoria cumpre um papel sistematizador de conceitos presentes no discurso prático. Assim, assume-se que a teoria do direito pode, e deve – se for necessário e adequado – criar vocábulos, expressões e conceitos para melhor expressar suas questões novas e as razões que as embasam.

2 Respeitar os Outros

Posturas moralmente neutras em relação ao *bem comum* são defendidas pelo pensamento liberal e também pela tradição jurídica moderna. Tais posições estão especialmente difundidas em vários ramos do direito, especialmente no direito constitucional de matriz anglo-saxônica. A razão disso é conhecida: as sociedades liberais podem estabelecer o que é *respeitar os outros*, mas não podem ter concepções *imperativas* sobre o que seja *fazer o bem aos outros*. Isso representa uma intervenção abusiva no âmbito da autonomia da vontade dos sujeitos de direito. A distinção entre *respeitar* e *fazer o bem* aos outros tem sido tratada como pouco relevante no discurso público teórico liberal. De certo modo por influência de uma cultura centenária para a qual respeitar e fazer o bem aos outros é o mesmo que proteger a autonomia da vontade, ou seja, resume-se a proteger o direito de cada um decidir por si – e livremente – o que é o *bem para si* (NOZICK, 1991, p. 172; 357). As posturas morais liberais esperam que o *bem comum* resulte espontâneo do entrelaçamento das ações individuais livres e orientadas para a realização de interesses individuais – refreados apenas pelo dever geral de não causar danos a outrem. É, de certo modo, uma posição que sustenta que o *bem comum* deve resultar,

preferencialmente, do acordo entre iguais que desejam, e sabem, como maximizar a proteção de seus próprios interesses. (RAWLS, 2007, p. 290; OAKESHOTT, 1995, p. 96)

Na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, a proteção do direito individual deve ser, para esse tipo de cultura e postura moral, preferencial em face dos direitos que protegem *bens coletivos*. Esse é um dos fundamentos para que o direito das sociedades capitalistas avançadas proteja tão eficazmente os institutos jurídicos de natureza individual e contratual (liberdades, propriedades, tratados, contratos, acordos individuais e convenções coletivas, conciliações, arbitragens, etc.) e se ressinta de atribuir funções sociais aos institutos jurídicos que regem a vida privada e o mercado. Este artigo adota como premissa que a tradição liberal dos direitos fundamentais prioriza a proteção das liberdades individuais, dos direitos civis e dos direitos políticos. Supõe, igualmente, que para essa tradição os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos humanos condicionados *a priori*⁶. Desse modo, essa tradição tem uma concepção restrita da *dignidade da pessoa humana*.

A defesa liberal da prioridade dos direitos individuais é bem compreensível. Mas será que essa defesa da condição prioritária das liberdades coincide, necessariamente, com os fundamentos da justiça do direito? Imagine uma sociedade que não disponha de uma tradição moral tão bem estabelecida quando a das nações anglo-saxônicas. O regime jurídico edificado nessas condições poderia reivindicar a prioridade moral de bens individuais? Os pressupostos universalistas do discurso liberal não demorariam em responder afirmativamente a essa indagação, nem hesitariam em considerar a pergunta como despropositada.

Essa pergunta remete para a necessidade de se reconhecer a existência de Estados democráticos de Direito que não têm uma tradição moral homogênea. Esses estados serão aqui denominados de *repúblicas inacabadas*. Originalmente, a expressão *república inacabada* é o título de um

⁶ O símbolo desse condicionamento, *a priori*, contra a eficácia dos direitos fundamentais sociais é a célebre advertência de Anna Eleanor Roosevelt, madrinha política da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), segundo a qual os direitos econômicos, sociais e culturais poderiam ser direitos humanos universais, porém “dentro dos limites dos recursos de cada país” (*sic*) (CASSIN, 1992, p. 396)

livro formado por textos de Raymundo Faoro (2007). Aqui, no entanto, não se vai adotar nenhum significado específico que eventualmente tenha sido atribuído ao uso dessa expressão nesse livro. Até porque o livro não se dedica a isso. A expressão *república inacabada*, ali, não assumiu a natureza de conceito teórico que se deseja que assuma aqui. No contexto deste trabalho, a expressão tem um significado mais próximo da noção de *democracia não consolidada* (O'DONNELL, 1996). Porém, a ênfase que se deseja dar aqui não está nos aspectos eleitorais, nem nas instituições representativas ou nas formas de acesso ao poder, argumentos que têm sido utilizados pela teoria política para discutir os graus de consolidação desta ou daquela democracia, nos muitos estudos comparados já publicados (DIAMOND, 1999; LINZ, 1996). Essa categoria teórica sugere questões substantivas do ambiente político. Propriamente as questões morais de elevada importância pública que afetam a concepção de bem-estar coletivo.

Do modo como o tema será discutido aqui, esse *repúblicas inacabadas* refletem um regime sem referências morais consistentes para justificar a prioridade de bens individuais em face de bens coletivos e, assim, sem consensos históricos para guiar a interpretação dos direitos. *Repúblicas inacabadas* podem ser, então, um Estado Democrático de Direito, porém *sem compromissos éticos consensuais* para proteger, prioritariamente, quaisquer *bens fundamentais*, sejam eles *individualistas ou coletivistas*.

A história político-constitucional de muitas democracias jovens enquadram-se perfeitamente nessa hipótese. Esse também é o caso do Brasil. E se isso for correto, como se sustenta aqui, o estabelecimento de qualquer ordem de proteção preferencial a bens fundamentais (individuais ou coletivos) não passa de preconceito moral. Se a prioridade moral de alguns bens jurídicos sobre outros depende de uma consistente tradição cultural, então nenhuma prioridade pode ser reivindicada em *repúblicas inacabadas*, ainda que sejam juridicamente bem constituídas, isto é, ainda que sejam Estados Democráticos de Direito. A ordem de prioridade de bens jurídicos, ou seja, a concepção fundamental de *bem comum constitucional* deve ser constituída pelos processos dialógicos e argumentativos compatíveis com o direito constitucional.

Consensos de época, realmente, são vitais para a estabilização do *ethos constitucional* e para toda a retórica hermenêutica dos bens fundamentais. O que pode ser questionável é se há uma ordem causal entre estes dois fenômenos: afinal, uma sociedade deve, primeiramente, ter consensos morais estáveis para, depois, estabelecer seus bens jurídicos fundamentais (e uma eventual prioridade entre eles)?

Essa exigência só é cabível à luz das premissas contratualistas. Somente nesse paradigma os *consensos* entre as *partes* devem preceder as concepções de *bem comum*. Se não houver consensos prévios, o contrato (social) é injusto, por vício de vontade. A justiça em sentido liberal precisa dos acordos de vontades (*causa*) que legitimam a existência de direitos (*consequência*). Portanto, sem consensos sociais amplos (*causa*) não pode haver direitos fundamentais (*consequência*). Essa ordem (contratual) de estabelecer a gênese dos direitos e *bens fundamentais* de um regime democrático negligencia a função e a importância dos consensos *a posteriori*. É por isso que doutrinas liberais são resistentes às teses que pretendem afirmar que o direito constitucional pode cumprir, em *repúblicas inacabadas*, uma função de guia para a formação de uma concepção pública de bens fundamentais. De uma perspectiva liberal, o direito constitucional deve afirmar os bens fundamentais sobre os quais há consensos firmes. Não é seu papel estabelecer um projeto normativo que balize o diálogo social para a inovação e para a construção do *ethos* constitucional.

A teoria dos direitos fundamentais aceita, com relativa tranquilidade, que o texto constitucional é um guia, *a priori*, para a atribuição de *direitos fundamentais específicos* (ALEXY, 2008, p. 73). O que se sustenta, aqui, é que algo análogo: o texto constitucional, em *repúblicas inacabadas*, deve ser compreendido como um guia para as deliberações públicas formativas da concepção pública de *bem comum*. Isso que é uma possibilidade em si, e é também uma necessidade para as *repúblicas inacabadas*, dado que são regimes onde não há uma firme tradição cultural de direitos fundamentais. Desse modo, nesses regimes, a ordem causal defendida pelo liberalismo político não pode ser realizada. Deve ser invertida, já que a definição da ordem preferencial dos bens fundamentais de uma sociedade pode ter seu ponto de partida no direito constitucional e não, necessariamente, seu ponto de chegada.

Essa objeção à concepção liberal de *bem comum* é uma hipótese central para este trabalho, e poderia ser assim formulada: se nas democracias liberais o direito constitucional é um sistema condensador dos consensos de época, em *repúblicas inacabadas* ele desempenha um papel especial na *estruturação da concepção pública de bem comum*.

Uma derivação desse argumento é que se o pensamento liberal e a tradição jurídica não promoveram importantes inovações evolutivas na concepção de *bem comum* — como pela elevação dos direitos de bem-estar social ao *status* de bens jurídicos fundamentais — é por que não puderam admitir, até o momento, que o direito constitucional pudesse ser, quanto à forma, algo para além de um produto dos consensos tradicionalmente estabelecidos e, quanto ao conteúdo, algo além de uma lei organizadora das funções do Estado e protetora das liberdades individuais.

Inovações evolutivas em direito, todavia, não ocorrem se não houver claros propósitos. Mas a grande tradição liberal parece ter legado poucos propósitos para inovações evolutivas em termos de *bens coletivos*. No paradigma liberal, obrigações para com os outros se restringem ao dever de respeitar e devem ter *status* de bem jurídico fundamental só se for para proteger a reciprocidade contratual (tradição contratual); para maximizar a felicidade da maioria (BENTHAM, 1982, p. 12-13) ou se for para justificar desigualdades (RAWLS, 1997, p. 64). A proteção preferencial da autonomia individual e uma cultura de justiça forjada num paradigma contratual impuseram severas limitações, para o direito constitucional de matriz anglo-saxônica, às inovações que ambicionam proteger bens jurídicos coletivos como bens fundamentais.

O pensamento neorrepblicano aprimorou a análise dos propósitos da prática política. A sofisticação da proposta é de grande interesse para a teoria do direito constitucional de jovens democracias. Diferente da concepção liberal, a teoria neorrepblicana tem uma compreensão mais abrangente da função da *solidariedade* e da *coesão social* no sistema jurídico. Desde uma perspectiva crítica, pode-se dizer que essa abordagem permite ver de um modo mais abrangente as conexões estreitas entre a *coesão social* e a *dignidade da pessoa humana* nas sociedades ocidentais. Essas são ligações que precisam ser reconhecidas pela interpretação cons-

titucional, sobretudo quando os direitos de bem-estar social se convertem em direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A bem da verdade, essa preocupação neorrepblicana tem aparecido na teoria do direito constitucional – mesmo sem a devida referência às suas origens neorreplicanas⁷. É visível, por exemplo, na teoria da jurisdição que reivindica mais comprometimento do Poder Judiciário com a eficácia de certos valores constitucionais coletivos. Muitos esforços recentes da teoria constitucional, especificamente orientados para compreender as conexões entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana (ALEXY, 2011; SARLET, 2010; CAPPELLETTI, 1992; ZAGREBELSKY, 2002) ou dedicados a explorar a dimensão do dever cívico como componente essencial da cidadania, poderiam ser mais bem compreendidos se fossem vistos como parte de uma teoria constitucional *teleológica* de matriz neorreplicana⁸.

3 A Argumentação Baseada em Princípios Constitucionais

Na teoria do direito constitucional, um dos mais bem-sucedidos projetos teóricos relativos a valores constitucionais resultou numa teoria da argumentação sobre direitos fundamentais. Trata-se da teoria de Robert Alexy sobre a natureza dos direitos fundamentais. Segundo este autor, os direitos fundamentais são *princípios* e, nessa medida, são *mandados de otimização*. Isso significa, entre outras coisas, que não há critérios para que se estabeleça uma ordem definitiva de precedências entre direitos fundamentais. Princípios, ou direitos fundamentais, sustenta Alexy, sempre representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas (ALEXY, 2008, p. 104).

A convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas [...] não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional (ALEXY, 2008, p. 301)

⁷ A exceção é Canotilho (1998, p. 53) que admite, explicitamente, essa influência.

⁸ Este não é o local para desenvolver plenamente este argumento, para um aprofundamento neste tópico recomendamos a análise de Selznick (2002).

Sendo assim, a aplicação dos direitos fundamentais depende de *juízos discricionários moralmente consistentes*, que levem em consideração não só os direitos, mas também as circunstâncias do caso. Dado que a solução para colisões entre direitos fundamentais exige juízos de *ponderação*, a aplicação dos direitos fundamentais reclama argumentação baseada em razões que assegurem soluções *proporcionais*.

A teoria do direito, por isso, está muito limitada na sua capacidade de dispor, conceitualmente, de uma definição absoluta de direitos fundamentais. Não pode, sequer, ser categórica na indicação do que seja uma *norma* de direito fundamental, já que as normas de direitos fundamentais são todas as que admitem uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 76)

À luz do que foi visto antes, sobretudo a conclusão de que o vetor liberal da justiça e da cidadania sempre esteve baseado numa concepção *individual* (tradição libertarista) ou *abstrata* (tradição kantiana) de justiça, portanto *descomprometida* com um sentido substantivo para o *bem-estar coletivo*, vale a pena analisar de que modo a teoria de Alexy fornece argumentos valiosos para as preocupações neorrepublicanas dedicadas ao desenvolvimento de uma interpretação constitucional *comprometida* com um sentido substantivo para o conceito de *bem-estar comum*.

A teoria de Alexy deixa claro que a argumentação racional baseada em princípios constitucionais jamais pode resultar em resultados inequívocos. Isso ajuda a explicar por que as teorias do direito que ambicionem estabelecer uma ordem preferencial definitiva para direitos individuais têm, apenas, o *status* de ideologias políticas específicas. E de ideologias políticas específicas não derivam, logicamente, interpretações constitucionais proporcionais, ou seja, que realizam a proteção de todos os bens fundamentais segundo sua importância real para as circunstâncias concretas de uma sociedade. Reconhecer isso, no entanto, não é deixar de admitir a força da tradição liberal na interpretação dos bens fundamentais, mesmo nas jovens democracias ocidentais. É bem sabido que no direito ocidental há um reduzido grupo de valores que, para serem restringidos reclamam, a favor de si, uma densa carga de argumentação. Eles são: 1. a dignidade; 2. a liberdade; 3. a igualdade; 4. a propriedade. 5. a proteção; 6. bem-estar da comunidade (ALEXY, 2008, p. 159; 571). É certo

que discussões sobre direitos fundamentais podem ser razões em defesa de valores já estabelecidos (liberais). Esse é, certamente, um legado do paradigma liberal. Valores individualistas são protegidos de modo sistêmico por esse ideário, ainda que sua justificação seja aparentemente neutra quanto aos fins que protege. Tratar o ser humano como um fim e não como meio para fins alheios – a máxima kantiana da ação moral – é também um cânone da teoria da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2008, p. 22)

O que se sustenta, aqui, não é contraditório com essa tradição. É complementar. Trata-se de um reconhecimento de que em determinados ordenamentos constitucionais (como o do Brasil) essa forma (liberal) de argumentar em defesa, por exemplo, da dignidade, é limitada. Ou seja, a argumentação liberal sobre a dignidade se limita às relações humanas numa perspectiva do respeito, não do dever de fazer o bem aos outros, e segundo um procedimento contratual, ou seja, ilumina as ações humanas que colocam frente a frente interesses intersubjetivos. Bem observado, só os sujeitos de um contrato podem ser os destinatários dessa dignidade lastreada na moral kantiana. A dignidade, em sentido kantiano, ilumina o *mal que os contratantes devem evitar* e, solenemente, recusa o *bem que se deve fazer aos outros* como uma ação moral apropriada para realizar sua dignidade.

4 Bem Comum e Argumentação Constitucional

Indagar sobre o conteúdo jurídico do *bem comum* constitucional é um modo de se interessar pela proteção da coesão social e as inter-relações humanas como bens fundamentais de uma sociedade civilizada. Apesar da aparente complexidade do tema, esse é, na realidade, um argumento que sempre remeterá o intérprete do direito constitucional ao propósito, ou aos fins das ações e das instituições relevantes para a comunidade. O intérprete da constituição interessado em proteger o *bem comum constitucional* deve identificar nela os *bens públicos* que as instituições devem alocar e as virtudes que elas devem amparar (SANDEL, 2011, p. 255). Na linha estabelecida por Alexy, pode-se dizer que em regimes constitucionais caracterizados pela falta de tradição moral com força suficiente para

predeterminar o que seja o *bem comum* (é o caso das *repúblicas inacabadas*), é o processo argumentativo aberto baseado no direito constitucional (que condensa as questões fundamentais para o bem comum). Também é o direito constitucional que pode conduzir a razão jurídica às especificações de *bens de valor comum* sem colorir o discurso constitucional com as bandeiras de quaisquer “ismos”. Isso quer dizer que o debate jurídico sobre o *bem comum constitucional* pode ser, ao mesmo tempo, *racional, institucional, organizado*, direcionado a *propósitos e comprometido com soluções coletivas*. Isso significa, entre outras coisas, que a alternativa dos tribunais diante de casos que envolvem questões morais relevantes não é apenas a solução liberal do minimalismo ético⁹, ou da solução utilitarista de saber o que causa menor dor¹⁰, ou, por fim, da identificação de exceções que justifiquem o não enfrentamento de questões morais fundamentais¹¹.

O caso do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, nos EUA e no Brasil, respectivamente, revelam que as Cortes não

⁹ O Min. Luiz Fux, em seu recente voto para o caso dos fetos anencéfalos (ADPF 54) assim se pronunciou: Há um dissenso moral razoável sobre a matéria a exigir uma postura minimalista do Judiciário neste julgamento. É caso em que se exige do Judiciário uma passividade virtuosa. A contensão judicial momentânea amplia o espaço para posterior reflexão e debate.

¹⁰ A Min. Carmem Lúcia, em seu recente voto para o caso dos fetos anencéfalos (ADPF 54) assim se pronunciou: “Todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor. A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não é criminalizável para que seja preservada a dignidade da vida [...] O pai também sofre barbaramente e precisa ser levado em consideração na sua dignidade, assim como toda a família. Por essa razão, quando se fala em dignidade, todos estão envolvidos: a mãe, o pai e os irmãos mais velhos, os quais têm expectativas no nascimento do bebê.

¹¹ Luiz Roberto Barroso, o autor da ADPF 54 (fetos anencéfalos), oferece um bom exemplo desse artifício retórico da argumentação baseada em exceção. Ele apresentou assim seu argumento principal perante o STF, em 2004: “A antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável”. Sustentou essa tese com base no argumento principal, de que “[...] antecipação terapêutica de parto não é aborto”. A não ser o Min. Gilmar Mendes, todos os demais ministros que votaram favoravelmente inclinaram-se a aceitar esse argumento da “exceção”. Ver a Petição Inicial da ADPF 54, p.3, em <<http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/anencefalia/>>.

precisam se afastar do debate moral quando estão diante de questões morais que afetam bens privados (SANDEL, 2009a). A Corte de Massachusetts¹², por exemplo, reconheceu que todas as pessoas que desejam ter relacionamentos – exclusivos e permanentes – têm o direito de converter seu relacionamento em casamento. Para a Corte, o casamento é uma instituição de elevada importância pública e seu *propósito* é formalizar e proteger relacionamentos afetivos exclusivos e permanentes. No Brasil, igualmente, o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277, 2011) discutiu o propósito da *entidade familiar* antes de se pronunciar sobre a legitimidade da união estável. No entender dessas Cortes, Supremo Tribunal brasileiro e Corte de Massachussets, a proteção jurídica do casamento, ou da união estável, tem propósitos de elevado interesse público e tais propósitos devem ser protegidos: casamentos e uniões estáveis existem para realizar relacionamentos *exclusivos, afetivos, duradouros e públicos*. Esses fins revelam também quais são as virtudes necessárias aos sujeitos de direito afetados por relações matrimoniais: devem evidenciar lealdade conjugal, afeição continuada e transparência. As Cortes decidiram que se tais fins são realizados pelos casais, então não há razões para impedir a proteção estatal do casamento/união estável homossexual.

Agora alguns exemplos de utilização da argumentação finalística no âmbito dos direitos diretamente vinculados ao direito de bem-estar. Veja-se o caso do seguro desemprego. A legislação *deveria* condicionar o recebimento de um seguro desemprego à prova de que o desempregado está buscando um reposicionamento profissional? Uma lei assim foi aprovada pelo Congresso Nacional dos EUA, em 1996¹³. Segundo a filósofa moral americana, Elizabeth (ANDERSON, 2004), o que motivou a aprovação dessa lei foram preconceitos morais da sociedade americana. Os cidadãos americanos não debateram suficientemente sobre o *propósito* dessa ajuda financeira. A seu ver, os Congressistas que votaram favoravelmente à nova lei partiram de pressupostos contratualistas e utilitaristas. Na realidade, segundo ela, por não estarem sensíveis a uma concepção de *bem comum* e de *solidariedade* coletiva, os políticos conservadores.

¹² Goodridge ver Department of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003)

¹³ The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act (PRWORA, Pub. L. 104-193, 110, Stat.2105, de 22 de agosto de 1996).

[...] acreditam que as pessoas merecem apenas o que podem ganhar no mercado livre. [...] Acreditam que a cidadania se baseia no princípio da reciprocidade, e que para fazer valer direitos prestacionais estatais, os necessitados devem se comportar de forma responsável e contribuir para a sociedade. (ANDERSON, 2004, p. 244, tradução nossa)

Na Colômbia, um caso que muito ensina sobre essa busca dos propósitos coletivos das instituições sociais é o caso da Sentencia SU-519/97, pela qual a Corte Constitucional julgou a impossibilidade de um empregador fixar, a seu critério, o salário de seus empregados. Ainda que lei fixe um salário mínimo, os salários não podem ser definidos de forma arbitrária pelo empregador, afirmou a Corte: salários mínimos devem corresponder à experiência, ao conhecimento e ao treinamento dos empregados, pois o salário realiza finalidades de interesse coletivo naquele ordenamento jurídico, quais sejam, o de prover as necessidades vitais e existenciais dos trabalhadores. Há mais exemplos que vêm do direito constitucional colombiano. Em 1999, a Corte Constitucional julgou (Sentencia SU-360/99) o direito de a administração pública desalojar vendedores ambulantes que há mais de 15 anos trabalhavam nas ruas de Bogotá. O entendimento da Corte Suprema foi pela inconstitucionalidade da medida de desalojamento. A Corte entendeu que desalojar um vendedor ambulante naquelas circunstâncias tem o mesmo efeito que desempregá-lo; o que significa uma franca deterioração de sua condição de vida e de propagação da pobreza, o que, segundo a OIT, é *moralmente inadmissível* e economicamente irracional. Para a Corte, mesmo políticas de ajuste estrutural não podem chegar à *imoralidade* pela desumanização. A interpretação constitucional reclama atenção aos propósitos de instituições que protegem interesses coletivos e que existem para realizar o *bem comum*. Segundo a Corte, *o propósito do salário* não é ser, apenas, a contraprestação pecuniária à prestação de um serviço. Mas remunerar também as qualidades intrínsecas do trabalhador. E mais, as relações de trabalho têm um propósito na vida social: aprimorar a autoestima, os relacionamentos e as condições de vida das pessoas e, mesmo que sejam informais, as relações de trabalho cumprem um importante objetivo de coesão social.

Na Espanha, o artigo 9.2 da Constituição tem sido muito invocado para o enfrentamento de casos que reclamam determinação da igualdade substancial. O texto constitucional estabelece que:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; [corresponde aos poderes públicos] *remover os obstáculos que impedem ou dificultam sua plenitude* e [corresponde aos poderes públicos] facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social (ESPAÑA, 1978, art. 9.2, tradução e grifos nossos)

Quanto a este artigo, a Corte Constitucional da Espanha fixou a seguinte linha de interpretação, na Sentença 50/1991.

[R]egulações cuja desigualdade formal se justifica para a promoção da igualdade material”. De acordo com a doutrina deste Tribunal, desenvolvida através de uma longa série de Sentenças, tal principio não exclui naturalmente a possibilidade de um trato diferente, mas sem diferenciações injustificadas ou arbitrarias (STC 23/1981), carentes de uma justificação objetiva e razoável (STC 19/1982), de acordo com critérios e juízos de valor geralmente aceitos. (STC 49/1982, tradução nossa)

Em decisão recente sobre o caso das cotas raciais (ADPF 186, 2012), os fins moralmente relevantes para a coletividade assumiram importante peso na argumentação do relator da decisão, o Min. Ricardo Levandowski. Segundo o Ministro, a diversidade cultural, e não apenas a excelência do ensino e da pesquisa faz parte do *telos* universitário. Realizar esses dois fins é que legitimam essas instituições.

A universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea [...] Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos

em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003). (BRASIL, ADPF 186, 2012, p. 32)

5 Qual é o Modo Correto de Avaliar as Decisões e as Interpretações?

Essas decisões e interpretações discutidas no tópico anterior se justificam em termos de *propósitos* ou *fins* públicos das instituições sociais. Deixam claro que direitos constitucionais, mesmo de natureza privada, protegem bens coletivos e que todos os princípios constitucionais, por igual, são mandados de otimização sujeitos a juízos de ponderação e a soluções proporcionais, quer diante da colisão dos direitos sociais entre si, quer diante da colisão destes direitos com os direitos liberais. São posições que ajudam a observar que para um sistema constitucional que estabelece uma complexa conformação de bens e que não deriva de uma sólida tradição moral (liberal, por exemplo) não há justificativas *morais* convincentes para que interesses e direitos individuais sejam prioritários, sempre, sobre o *princípio da solidariedade* e o dever de proteger a *coesão social*. Isso quer dizer, que essas decisões e interpretações não confundem o que seja *respeitar os outros* e o dever coletivo de *fazer o bem aos outros*.

Foi dito, anteriormente, que em determinados regimes constitucionais o processo argumentativo público baseado em direitos constitucionais pode conduzir a racionalidade jurídica a especificações de *bens de valor comum* sem colorir o discurso constitucional por quaisquer “ismos”, mas apenas como uma exigência de interpretação evolutiva dos direitos fundamentais. Essa tese poderia ser demonstrada em quaisquer regimes constitucionais, e é por isso que casos dos EUA, da Espanha, da Colômbia e do Brasil foram analisados no tópico anterior. Mas essa afirmação tem especial significado em alguns regimes constitucionais que oferecem marco normativo e ambiente institucional adequados para que os fins e propósitos *comunitários* das instituições constitucionais possam ser razões de muito peso no processo de ponderação de bens constitucionais.

Tudo indica que os sistemas dotados de (1) um modelo de constitucionalismo rígido; (2) nos quais a dignidade da pessoa humana ocupa uma posição de predominância relativa no discurso público; (3) em que os direitos fundamentais são um complexo corpus (individuais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais); (4) nos quais a independência judicial é ampla (todos os juizes são juizes constitucionais); (5) e nos quais os juizes têm ampla competência para controlar a legitimidade constitucional de atos e omissões jurídicas (modelo difuso e concentrado de controle de constitucionalidade); são sistemas que não contemplam um projeto moral vinculado, exclusivamente, a uma específica tradição moral (a um “ismo”), conservador, contratualista, utilitarista, liberal, socialista, capitalista, etc. Nesses contextos, as instituições democráticas e a jurisdição constitucional (por causa do *ethos republicano* e *garantista que a dirige*) tem o dever de garantir a afirmação de um *bem comum* constitucional a partir de horizontes constitucionais abertos. Esse é o caso brasileiro. Em um sistema constitucional assim, a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judicial deve ser *evolutiva* para concretizar a *dimensão responsiva* da democracia constitucional.

Isso significa, em primeiro lugar, que a jurisdição constitucional precisa aprimorar seu entendimento quanto ao adequado *status* normativo dos enunciados constitucionais protetivos de bens jurídicos de valor comum, tais como os de seguridade social e de direito ao trabalho. Não há razões, *a priori*, para interpretar o direito constitucional do trabalho ou o direito constitucional à seguridade social como um microsistema de *regras* em antinomia com princípios liberais. Em segundo lugar, a jurisdição constitucional, por tratar diretamente da ponderação de bens jurídicos fundamentais, não pode se afastar – mesmo em casos que envolvem aparentemente apenas direitos privados – de uma *correta avaliação dos propósitos e dos fins* moralmente adequados de cada instituto de direito privado e de direito social. A ponderação entre direitos individuais e interesses coletivos é uma necessidade posto que colisões autênticas entre ambos podem ocorrer (ALEXY, 2010, p. 192). A ponderação de princípios constitucionais, no entanto, deve ser aprimorada para que, em qualquer caso que envolva direitos constitucionais ou interesses coletivos, a

jurisdição considere a importância fundamental dos valores que consubstanciam a noção constitucional de *bem comum*.

O direito constitucional do trabalho, que é uma matéria constitucional para a qual não há princípios estabelecidos pelo legislador constituinte, não pode ser rotulado como um conjunto de regras contrapostas aos direitos de primeira geração/dimensão pois a natureza normativa das normas de direitos fundamentais não podem ser fixadas *a priori* por nenhuma teoria geral (liberal ou socialista). Normas de direitos fundamentais são todas as que admitem uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 74). Ou seja, são direitos fundamentais as normas de direito constitucional de seguridade social e do trabalho que densificam os valores constitucionais mais fundamentais, quais sejam a dignidade, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a proteção e o bem-estar da comunidade. A teoria dos direitos fundamentais, com isso, abre-se para o reconhecimento de que os direitos sociais estabelecidos na Constituição (todos) admitem o *status* de direitos fundamentais.

A experiência jurisprudencial evidencia, por outro lado, que não há regra que não corresponda a um princípio e não há princípio sem conexão a valores. O princípio é o *medium* pelo qual se alcança uma abertura moral para o valor e uma abertura prática para as regras (ZAGREBELSKY, 2003, p. 632). Pode-se dizer, de um modo especial, que os princípios são mais gerais que as regras, mas isso não impede que as regras também possam ter considerável grau de generalidade. Para bem entender este ponto é preciso reconhecer que a generalidade ou a especificidade de uma norma jurídica constitucional é uma questão de grau, não de natureza. Assim, princípios são mais gerais porque são mais inespecíficos do que as regras, mas as regras podem ser moderadas ou pouco específicas e, nessa medida, carregar elementos principiológicos em sua normatividade. A lição importante desse raciocínio é que a *praxis* judicial deve combinar esses conhecimentos de regras e de princípios como resultado de graus de especificação sempre que for o caso, e não preestabelecer, de modo definitivo, que normas constitucionais de direitos sociais são menos fundamentais por que tem natureza de regra (por que são mais específicas). A teoria dos direitos fundamentais, com isso, abre-se para o reconhecimento de que os

direitos sociais estabelecidos na Constituição (todos) admitem a natureza normativa de princípios.

Da mesma forma que a doutrina estrangeira, que se debruçou sobre a experiência concreta das Cortes Supremas para compreender a *razão prática* subjacente às técnicas de decisão constitucional, e dessa dimensão empírica edificou inovadoras teorias da jurisdição e dos direitos fundamentais, parece que esse caminho também deve ser adotado pela literatura brasileira dedicada à análise e à crítica dos direitos fundamentais sociais.

5.1 Princípios, Regras e *Preceitos Fundamentais*

No domínio da teoria das normas constitucionais que regem direitos fundamentais há, no Brasil, suficientes precedentes para revisar a natureza jurídica dos enunciados de direitos fundamentais de seguridade social e das relações de trabalho a fim de reconhecer suas conexões com os *princípios constitucionais* e com o uma concepção constitucional de bem comum. Não é preciso recorrer a estrangeirismos. O direito brasileiro desenvolveu um conceito ainda pouco explorado pela teoria das normas constitucionais que tem grande utilidade para a gramática dos direitos fundamentais brasileiros. Trata-se do conceito de *preceito fundamental*, a ser garantido pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁴.

Uma teoria brasileira sobre a natureza jurídica dos enunciados constitucionais relativos a direitos da seguridade social e do trabalho deve prestar muita atenção aos fundamentos doutrinários apresentados nas discussões da ADPF 33, (Relatoria do Min. Gilmar F. Mendes, 7.12.2005), pois ali ficou estabelecido que muitas regras da Constituição podem ser

¹⁴ A ADPF é uma ação constitucional (podendo assumir a feição de incidente constitucional), de competência originária do Supremo Tribunal Federal. É cabível sempre subsidiariamente, isto é, quando não houver meios eficazes ordinários para sanar a lesão a um *preceito fundamental*. É, então, um processo objetivo subsidiário à ADI e ADO. Tem a especial função de viabilizar a impugnação de atos normativos editados antes de 1988, atos normativos “secundários”, atos normativos municipais, atos não normativos como os atos administrativos, desde que emanados do Poder Público, bem como decisões judiciais que aplicam diretamente a Constituição.

consideradas *preceitos fundamentais*, desde que confirmam densidade normativa ou significado específico a princípios fundamentais (MENDES, 2005, p. 15). O quadro analítico oferecido a seguir procura esclarecer de que modo os enunciados constitucionais de direito do trabalho são preceitos fundamentais por conexão a princípios consubstanciadores da noção de *bem comum constitucional*. Neste estudo não será possível fazer a mesma demonstração com os enunciados de direito constitucional da seguridade social, todavia, não há motivos para recusar a analogia entre as duas matérias.

Princípio consubstanciador do bem comum constitucional	Princípio consubstanciador do bem comum constitucional	Preceito Fundamental	
Princípio da dignidade	Art. 200, VIII	Ambiente de trabalho saudável	
	Art. 7º XXVIII	Seguro contra acidentes de trabalho	
	Art. 7º II	Seguro-desemprego	
	Art. 7º XXVII	Proteção contra os efeitos da automação	
	Art. 7º XII	Salário-família	
	Art. 7º IV	Educação , saúde, lazer e previdência no valor do salário	
	Art. 7º VIII	Décimo terceiro salário	
	Art. 7º XX	Licença maternidade	
	ADCT, Art. 10, § 1º	Licença paternidade	
	Art. 7º XXV	Creches e pré-escolas	
Art. 5º XLVII	Não haverá penas de trabalhos forçados		
Princípio da igualdade	Entre empregados	Art. 7º <i>caput</i>	Equiparação entre empregados urbanos e rurais
		Art. 7º IV	Salário mínimo nacionalmente unificado
		Art. 7º XXX	Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil
		Art. 7º XXXII	Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual
		Art. 7º V	Piso salarial
		Art. 7º XXXIV	Tratamento isonômico entre avulsos e trabalhador normal
		Art. 7º § Un	Direitos dos domésticos
		Art. 7º XI	Participação nos lucros
		Art. 7º XXVI	Reconhecimento das convenções e acordos coletivos
Art. 11	Delegados sindicais		

Fonte: Elaborado pelos autores deste artigo

Princípio consubstanciador do bem comum constitucional	Princípio consubstanciador do bem comum constitucional	Preceito Fundamental
Proteção contra abusos	Art. 7º, I c/c Art. 10, II do ADCT	Vedação de despedida arbitrária
	Art. 10, II, ADCT	Multa fundiária
	Art. 7º XXI	Aviso prévio
	Art. 7º XXIX	Prazo prescricional de cinco anos
	Art. 7º XVIII	Licença maternidade
	Art. 7º XVII	Férias anuais
	Art. 7º XV	Repouso semanal remunerado
	Art. 7º XIII	Carga horária semanal máxima
	Art. 7º XIV	Restrição aos turnos ininterruptos de revezamento
	Art. 7º XVI	Adicional de 50% para <i>horas extraordinárias</i>
	Art. 7º IX	Remuneração do trabalho noturno superior à remuneração do diurno
	Art. 7º XXIII	Adicionais de insalubridade, periculosidade e de <i>penosidade</i>
	Art. 7º X	Criminalização da retenção dolosa do salário
	Art. 7º IV	Salário mínimo
Art. 7º VI	Irredutibilidade do salário	
Art. 7º XXXIII	Limites para o trabalho do menor (aprendizagem, trabalho noturno, perigoso ou insalubre)	

Fonte: Elaborado pelos autores deste artigo

Repúblicas inacabadas dependem do texto constitucional para estabelecer os contornos do *bem comum*; e o vigor das instituições constitucionais é que pode fomentar a evolução dos consensos morais ponderados diante de muitas alternativas legítimas. A governança das instituições democráticas das novas democracias depende de uma forma adequada de abordar, e de estimar, a importância dos bens estabelecidos no direito constitucional. O aprimoramento da compreensão dos *preceitos fundamentais* da Constituição brasileira é uma opção aberta pelo texto constitucional para a construção do léxico do *bem comum constitucional*.

Para as ambições deste estudo, pode-se dizer que isso significa, entre outras coisas, que nem a governança democrática, nem a interpreta-

ção constitucional – em regimes complexos como o do Brasil – podem se sujeitar à métodos simplistas de justificação da proteção de bens constitucionais, tais como os cálculos de custos e benefícios, de reciprocidade contratual, de utilidade para o maior número, de liberdade individual, etc. A interpretação constitucional se torna, nas democracias constitucionais de *repúblicas inacabadas*, um processo discursivo destinado a realizar a fomentar a correspondência das decisões públicas às *expectativas fundamentais* estabelecidas nos *preceitos fundamentais da Constituição*. Isso explica porque o texto constitucional é peça-chave para as democracias jovens edificarem sua concepção de *bem comum*.

Está amplamente documentado pela teoria política (TATE, 1995, p. 31; DEZALAY, 1992; FOUCHARD, 2001; ALLARD; GARAPON, 2006) que as democracias constitucionais consolidadas, mas especialmente as que vem se consolidando nos últimos 30 anos e procurando superar injustiças sociais centenárias, estão buscando resolver seus dilemas morais também na arena judicial e com uma participação cada vez mais importante do Poder Judiciário. Será isso um sinal de que as *democracias* constitucionais estão buscando mais *constituição* do que democracia? Não. Nem é isso que se está propondo aqui. É sinal de que jovens democracias, em especial as *repúblicas inacabadas*, vêm utilizando todas as formas institucionais disponíveis para *responder* criativamente às complexas e conflitantes *expectativas* constitucionais com o propósito de fazer *corresponder* suas respostas a essas expectativas.

Ações construtivas do *bem comum*, a partir do texto constitucional, fazem parte dos desafios impostos aos regimes democráticos que têm as cinco características antes apontadas, no início do item 5. O papel novo que precisa ser realizado pelas instâncias decisórias desses regimes, inclusive pela jurisdição constitucional, é de garantir a dimensão *responsiva* da democracia. E é isso, precisamente, que torna especial a função do direito constitucional nas *repúblicas sem tradição moral definida*. É a dimensão responsiva da democracia que impõe a revisão da doutrina tradicional do *checks and balances* nesses regimes e reposiciona o Poder Judiciário ao lhe atribuir um ativo papel na construção coletiva do discurso sobre o *bem comum*.

Os juízes constitucionais brasileiros são uma evolução e consequência deste tempo de *responsividade democrática* (NONET; SELZNICK; PHILIP, 1978; DAHL, 1997). Contudo, a atuação dos juízes constitucionais não deve ser confundida com a dos políticos eleitos, como sugere a crítica dos teóricos do ativismo judicial (RAMOS, 2010). Juízes constitucionais também são diferentes dos juízes ordinários, como *não* percebeu o principal teórico do garantismo (FERRAJOLI, 2007, p. 77, v. II, tradução nossa). São diferentes dos políticos eleitos porque devem decidir, sempre, de modo a proteger os bens constitucionais (bens fundamentais). Além disso, não podem resolver os conflitos como fazem os políticos, isto é, com base, exclusivamente, em mediação de interesses (FISS, 1979, p. 13-14). Não se vinculam ao direito legislado (como juízes ordinários) nem definem a agenda de suas decisões (como os políticos eleitos), que são estabelecidas pelos postulantes judiciais. Eles, não têm poder de eleger prioridades sociais para nelas intervir (como os políticos eleitos), pois os processos judiciais são decididos apenas se a sociedade demandar justiça em relação a eles. Ao contrário dos políticos, os juízes constitucionais não escolhem as partes que podem discutir seus interesses, pois o *due process of law* (MARTEL, 2005) assegura o direito de manifestação a todos os que têm interesses jurídicos no caso. Identificam-se com os políticos na medida em que a eficácia de suas decisões é amparada pelo emprego e ameaça da força estatal: essa relação de autoridade, que é característica essencial das relações políticas (DAHL, 1970, p. 17; DOWNS, 1999, p. 43-44), é também uma qualidade das decisões judiciais.

Os *Juízes constitucionais*, no entanto, decidem a partir de valores. Os políticos não. Eles decidem tendo em vista o interesse prioritário de vencer eleições (DOWNS, 1999, p. 50). Esse interesse prioritário dos políticos (o voto nas eleições) é decorrência da arquitetura institucional da democracia e, por sua natureza, é insuperável. Não é vício ou virtude dos sujeitos políticos. Mas é barreira suficiente para impedi-los de decidir do modo como os *juízes constitucionais* podem e devem decidir questões constitucionais, isto é, com base no entendimento mais razoável da concepção pública de justiça e de razão pública (RAWLS, 2000, p. 286-287), a partir do complexo sistema de bens cosmopolitas (HÄBERLE, 2003, p. 296) estabelecidos na Constituição.

Isso parece suficiente para esclarecer por que os *juízes constitucionais* são um tipo de autoridade pública com função preferencial no processo argumentativo público e institucionalizado. Melhor do que ninguém, tais atores tem as condições ótimas para promover a *interação de razões* que devem edificar os contornos do *bem comum constitucional*. Esse papel exige deles um *comprometimento em relação à necessidade democrática de enfrentar, e de superar, divergências em relação às questões morais fundamentais* (SANDEL, 1984) estabelecidas nos preceitos fundamentais da Constituição.

5.2 Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e Jurisdição de Natureza Evolutiva

Reformas legislativas iniciadas a partir de meados do século XX começaram a descolar a teoria da Jurisdição de suas bases civilistas e liberais. Muitos autores registraram a ocorrência de relevantes adaptações no arranjo institucional da atuação jurisdicional e, por conseguinte, nas definições conceituais aplicáveis à Justiça, à Ação, ao Processo e à Jurisdição (GRINOVER, 2008, p. 229). Do Estado se exigiu mais intervenção e mais direção nos “assuntos privados” da sociedade civil. Em nome de princípios de uma justiça substantiva, ampliou-se a capacidade do Estado para *responder* a novos tipos de conflitos. Esses grandes movimentos evolutivos podem ser captados por uma nova representação teórica da atuação jurisdicional brasileira, em três sentidos.

- a) Tipos especiais de conflitos individuais: a emergência dos direitos econômicos, sociais e culturais. Fato novo para a moderna teoria brasileira da jurisdição foi o surgimento de uma jurisdição especializada em conflitos individuais trabalhistas, toda fundamentada na nova doutrina protetiva das relações jurídicas de emprego e das condições dignas de sujeição do trabalhador assalariado ao poder de comando das empresas. Por outro lado, os temas da seguridade social passaram a ser influenciados pelas doutrinas do Estado Providência, da tributação progressiva e da solidariedade social. Mais recentemente, uma jurisdição que se especializa em conflitos individuais de consumo, toda funda-

mentada numa doutrina da proteção da hipossuficiência do consumidor.

- b) Tipos especiais de conflitos coletivos: da doutrina da reparação de danos à doutrina da preservação de interesses. O estado de direito também permitiu o desenvolvimento de uma jurisdição especializada em conflitos coletivos do trabalho, fundada numa doutrina da representação sindical; no desenvolvimento de uma jurisdição especializada em conflitos ambientais, fundada na doutrina dos direitos difusos das gerações presentes e de interesses transgeracionais a um meio ambiente saudável; numa jurisdição que se especializou em conflitos coletivos de consumo de massa, toda fundamentada numa doutrina dos interesses coletivos, difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 49) ou transindividuais (MARINONI, 2004, p. 100), numa jurisdição especializada em conflitos políticos entre cidadãos e Estado, fundada numa revisão da doutrina da supremacia do interesse público (MULLENIX, 2008, p. 263), todas motivadas pela doutrina do “acesso à justiça” e pela efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração. (CAPPELLETTI; GARTH 2002, p. 91; BERIZONCE, GRINOVER, SOSA, 2007, p. 421)

Os conflitos coletivos, no Brasil, começaram a ser estudados pela doutrina trabalhista e pela doutrina dos direitos do consumo. São conflitos que têm enorme potencial explicativo das mudanças ideológicas, normativas e, por consequência, jurisdicionais da atualidade. É que são conflitos solucionados em nome, muito mais, da *preservação de interesses comuns* do que da *reparação de danos* a direitos subjetivos. Nesses conflitos, o acordo e a ponderação – em vez da subsunção – é a forma mais amplamente adotada para a composição entre partes. Pode-se dizer, ainda, que os conflitos coletivos, justamente por demandarem a gestão de interesses, mais do que a reparação de danos, abrem a possibilidade de rupturas e, até, de subversão de padrões conhecidos de direitos, visto que o acordo, mais do que as sentenças do modelo clássico de jurisdição, permite a criação de novos direitos. (OST, 1990, p. 10-17; CAPPELLETTI, 1993, p. 60)

- c) Simplificação do acesso à tutela jurisdicional: da justiça imparcial à justiça substancial. O ordenamento jurídico recepcionou conflitos sociais de larga escala, decorrentes, tanto das novas relações de trabalho, quanto das novas relações do cidadão com o poder público, em face do ideário de seguridade, da proteção e do amparo social. Além disso, foram recepcionados os conflitos decorrentes das relações de consumo massificadas. A explosão da demanda judicial motivada por inovações no ideário democrático, promoveu especialização dogmática e formas diferenciadas de Jurisdição. Esse quadro alterou, significativamente, as premissas da *primeira geração da doutrina da jurisdição*. Enquanto essa *primeira geração* estava comprometida com a justiça comutativa, a grande maioria das inovações recentes está orientada por princípios de justiça equitativa. (CAPPELLETTI, 1983, p. 799)

A Jurisdição se modificou por causa desses novos contextos normativos e socioeconômicos. E o Estado-Juiz passou a atuar o direito vigente de modo a efetivar bens e interesses comuns, e não apenas individuais, de modo a assegurar-lhes tutela eficaz. E a mudança formal parece residir no seguinte: a decisão judicial parte do novo direito material e conforma o processo às necessidades de efetivação desses direitos. (BEDAQUE 2006, 46)

A referida conformação judicial dos processos à concretização dos novos direitos materiais pode ser identificada no desenvolvimento da tutela jurisdicional de urgência fundada, primeiramente, na *doutrina das ações cautelares inominadas* (MARINONI, 2002, p. 159; 2004, p. 89-91) e, depois, na doutrina da cognição sumária e da tutela de urgência (MARINONI, 2002, p. 34). Daí porque surgiu a necessidade de reconhecimento teórico de postulados hermenêuticos antes impensáveis na teoria da jurisdição, tais como: o da indisponibilidade dos direitos sociais, o da sumarização da cognição processual (tutelas cautelares, liminares, antecipadas), o da inversão do ônus da prova, o da substituição processual na defesa de interesses coletivos, o da precedência da conciliação, o da relativização da congruência entre pedido e sentença, o do aumento dos poderes instrutórios e executivos do juiz, o da solução proporcional e razoável

(revelando o apelo crescente das posturas consequencialistas), o da eficácia ampliada da sentença para beneficiar pessoas que não participaram do contraditório, etc.

A *responsividade jurisdicional* (STRAPAZZON, 2010) é, como se vê, só mais uma das novas funções que as circunstâncias atuais reclamam do sistema republicano. As características da *primeira geração da doutrina da Jurisdição*, no entanto, não foram superadas de todo. Em vez de ruptura, viu-se *desenvolvimento*. Seus postulados hermenêuticos aplicam-se, ainda, à solução de conflitos que envolvem direitos de matriz liberal, tais como a vida, liberdade, propriedade, legalidade, segurança, ordem pública. Estes conflitos são julgados pelos princípios da Jurisdição civil e penal. Nesse domínio ainda são muito relevantes a indispensabilidade da defesa técnica, a legitimidade ativa individualista, o juiz natural, o juiz imparcial, o formalismo (atenuado) de petição, a igualdade de partes, o contraditório, a ampla defesa, o impulso oficial, a verdade formal, a persuasão racional, o *judicial review* e os limites subjetivos da coisa julgada. (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2010; DINAMARCO, 2009)

Há boas razões para supor, todavia, que muitas das evoluções ocorridas ainda nesse modelo liberal de tutela jurisdicional, também se devem aos *impulsos promovidos pelos direitos fundamentais de segunda geração*. As reformas legislativas promovidas nos códigos brasileiros de Processo Civil, de 1939 e 1973, (DINAMARCO, 2009, p. 288) são mais do que reformas técnicas: são também morais. A simplificação do acesso à justiça, na linha da eliminação de barreiras que retardam a prestação jurisdicional e, por outro, a relativização do princípio dispositivo, para conferir ao Juiz mais poderes de direção e de impulso do processo, estão todas orientadas por uma nova cultura constitucional substancialista do *bem comum*. (DINAMARCO, 2009, p. 239-240; 287)

6 Conclusões

Uma nova política de *bem comum* não é apenas uma questão de escolher políticos escrupulosos. É também uma questão de saber o que significa ser um cidadão e isso exige um discurso público racional, do qual

a jurisdição constitucional participe seriamente, enfrentando as questões morais relevantes pela sua condição de *bem comum* e não só como direitos individuais. Instituições como o Poder Judiciário devem aprimorar esse debate para que a sociedade possa ter contornos mais definidos quanto ao que são os bens constitucionais fundamentais que a regem. Em última análise isso significa que o Estado não pode ser moralmente neutro quando trata de direitos e de justiça e a solução liberal para a proteção da dignidade é errada porque protege o respeito aos outros, mas não compromete a comunidade a agir para o bem dos outros. É uma doutrina da dignidade para a qual respeitar pode significar, também, ignorar. A dignidade da pessoa, portanto, pode não ser compatível como o *bem comum*.

A atenção da teoria constitucional para o sentido e alcance da dignidade da pessoa humana parece ter gerado uma eloquente filosofia dos direitos individuais, com importante repercussão sobre a interpretação dos direitos fundamentais sociais. Esse pode ser um importante caminho para a formação de novos consensos em torno de uma concepção ampliada de *bem comum* constitucional. Neste trabalho ficou demonstrado o quanto o discurso brasileiro sobre a dignidade ainda se funda em premissas do liberalismo kantiano e como isso tem dificultado o reconhecimento de uma dimensão ampliada da dignidade, mais coerente com o sistema de direito constitucional do Brasil.

A abordagem das implicações da teoria constitucional e dos direitos fundamentais deve reconhecer as limitações das soluções liberais para interpretar a Constituição e deve colocar a racionalidade de mercado em seu devido lugar. Uma processual e ampliada visão do que deve ser o *bem comum constitucional* pode compensar a ausência de uma tradição moral e evitar, ao mesmo tempo, a colonização da racionalidade mercantil em todas as esferas da vida. A formação de uma noção constitucional de bem comum evita, igualmente, que raciocínios morais baseados em cálculos de custos e benefícios sejam aplicados na interpretação constitucional de direitos fundamentais sociais, já que bens fundamentais não podem ser mediados por preços. Separar o que tem valor econômico e o que tem valor moral para uma sociedade é decisivo para a justificação da *solidariedade*; para a o fortalecimento da coesão social; e para a sua autocom-

preensão como *comunidade*. Esses são bens jurídicos que sustentam a filosofia constitucional dos direitos de seguridade social.

Ficou demonstrado, também, que há regimes constitucionais profundamente atrelados a uma cultura moral liberal que enfrentam grandes dificuldades para reconhecer uma natureza ampliada da dignidade, mas que esse não é um problema para as democracias constitucionais que ainda não têm consensos morais sobre o que possa significar, especificamente, o *bem comum*. A tese sustentada aqui evidencia que em *repúblicas inacabadas* os enunciados constitucionais de direitos de bem-estar social, como os de seguridade social e do trabalho, ou de outros direitos densificadores do ideário do *bem-estar social*, não podem ser preteridos pela jurisdição constitucional em nome de uma hipotética hierarquia entre bens fundamentais. Nesses regimes a noção de *bem comum* não está definida e, assim, não há parâmetros objetivos para qualificar direitos fundamentais sociais como uma categoria menos importante de bens jurídicos, ou seja, para priorizar a proteção das liberdades, dos direitos civis ou políticos. Na realidade, nas novas democracias constitucionais a noção de *bem comum* está em vias de construção e, justamente pela falta de um consenso moral a respeito, todos os direitos constitucionais estão em posição de igual importância moral, não havendo razões, *a priori*, para interpretações restritivas ou redutoras de quaisquer desses direitos, competências e posições, por exemplo, ao status de regras ou de bens não fundamentais.

A preocupação neorrepblicana com o tema do *bem comum* se justifica por causa das questões morais fundamentais que precisam de consensos democráticos para tolerar intervenções políticas protetivas da dignidade da pessoa humana em situações tais como a inclusão social, o acesso aos serviços de saúde e de educação, as condições decentes de trabalho, a proteção contra os riscos da saúde e do ambiente econômico, o financiamento universal da proteção social, a sustentabilidade ambiental, etc. Todos eles, como dito no início, fortemente condicionados por objeções orçamentárias, liberais, utilitaristas, procedimentalistas, etc. O que foi sustentado neste artigo é que democracias como a do Brasil oferecem condições excepcionais para a construção de uma concepção de bem comum a partir do texto constitucional e que sua pluralidade ideológica, e

também abertura semântica, deve orientar o debate público, de modo evolutivo, em torno da eficácia e efetividade dos bens fundamentais.

O liberalismo não vinculou a legitimidade do poder público – como fazia a tradição republicana – a uma concepção comprometida com um ideal de *bem comum*. Ao contrário, preocupou-se em proteger a sociedade contra discursos e ações que a ameaçassem com tais concepções (RAWLS, 2007, p. 290; OAKESHOTT, 1995, p. 96). A *communis utilitatis* da matriz republicana foi substituída pela livre competição dos interesses privados no mercado dos contratos e de seus direitos e deveres. O certo é que, entre outras coisas, essa inovação liberal obscureceu o sentido republicano da *Lex*, que sempre fora definido como um símbolo do acordo público entre governantes e governados para realizar o bem comum. Essa versão republicana da *Lex*, que foi deixada de lado, adotava uma definição *positiva da autoridade* e das *leis* (McILWAIN, 1999, p. 71-73), e não apenas negativa, como deseja a tradição liberal. A *Lex* republicana era um compromisso comum para que autoridades e cidadãos pudessem *fazer algo útil pela res publica* [*Lex est communis rei publicae sponsio* (Papinianus, Digesto, Livro I, D.1.3.1)]. Esse sentido positivo da *Lex* tem um elevado propósito *autogovernativo* (BERLIN, 1991, p. 166) e é central, atualmente, para uma adequada compreensão da Constituição como *guia* para a formação dos consensos em torno do que sejam os bens fundamentais do regime por ela regulado.

A tradição do direito liberal, por conta dessa perspectiva negativa (de defesa) da função do direito, pouco se importou com as formas de governo mais favoráveis à prestação de serviços de interesse comum¹⁵ e com o desenvolvimento de teorias sobre a ação positiva da comunidade e da autoridade estatal (ARENDDT, 1972, p. 133). Sua preocupação sempre esteve na defesa dos direitos e dos indivíduos, não nas funções positivas (prestacionais) da comunidade e da autoridade. Sempre no que pode ser uma liberdade, raramente no que deve ser uma ação que afirma o *bem comum*. A filosofia do direito constitucional deixou de ser, assim, uma filosofia dos bens públicos para ser uma filosofia das liberdades. Por isso não há exagero em concluir que a teoria constitucional mais recente, prio-

¹⁵ A última grande teoria constitucional *orgânica* é, sem dúvidas, a teoria do Poder Constituinte, com suas raízes em Sieyès.

ritariamente ocupada com os procedimentos eficientes de afastamento de atos normativos *inconstitucionais* – sem subestimar nem um pouco sua vital importância para as democracias constitucionais – pertence a essa tradição liberal¹⁶.

Se uma Constituição é sempre uma obra em evolução, então terá as dimensões que as razões contrapostas puderem suportar. A teoria e o discurso prático do direito, que de um modo geral, reconhecem a verdade desta sentença, precisam reconhecer a singularidade das circunstâncias em que se encontram as *repúblicas inacabadas*, como o Brasil, e discutir com mais serenidade o valor heurístico do conceito de *bem comum constitucional*. Pelo que foi visto aqui, ele tem uma função essencial de articulação dos conceitos de princípios constitucionais, preceitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, solidariedade e coesão social, todos centrais para uma teoria constitucional adequada à complexidade axiológica do sistema brasileiro de direito constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

¹⁶ A teoria constitucional moderna é farta em exemplos elucidativos da revolução provocada pela doutrina do *judicial review*. Não é preciso maiores esclarecimentos. Relevante, para os fins deste trabalho, é o contraste entre essa doutrina, decorrente do case *Marbury Vs Madison* (1803) e a doutrina de Sieyès. John Marshall abriu os caminhos para uma filosofia do *controle negativo da constitucionalidade dos atos normativos*. Estende, assim, as funções da *jurisdictio* para muito além do que a mera solução dos conflitos interindividuais. No entanto, essas funções novas permanecem coerentes com as concepções liberais de *autoridade*. Dizer o direito é dizer o que o direito *não tolera*. É afirmar o que *está posto* em face do que *não pode* ser posto.

ANDERSON, Elizabeth. Welfare, Work Requirements, and Dependant-Care. **Journal of Applied Philosophy**, Oxford, UK, v. 3, n. 21, p. 243-256, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**, Alicante, Espanha, n. 24, p. 670-687, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Edited by H. L. A. Hart. London: University of London, 1982.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código modelo de processos coletivos para a Ibero-América: exposição de motivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, n. 464, 2007.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1991.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. El derecho constitucional como um compromisso permanentemente renovado. **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, n. 10, 7-61, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, RS: Fabris, 2002.

_____. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Acceso à la justicia:** programa de acción reformadora y nuevo metodo de pensamiento. Tradução de Silvia Virginia Leo Vidana. Ciudad de Mexico: UNAM, 1983. (v. 48)

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plinio Gonçalves. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. *In*: DANIEL, L. (Org.). **Teoria general y política de los derechos humanos.** Herrendorf. Comisión Nacional de los derechos humanos, 1992.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. **Judicium:** il processo civile in Italia ed in Europa. 2002. Disponível em: <<http://judicium.it>>. Acesso em: 2 maio 2011.

DAHL, Robert. **A moderna análise política.** Rio de Janeiro: Lidor, 1970.

_____. **Poliarquia:** participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEZALAY, Ives. **Marchands de droit.** Paris: Fayard, 1992.

DIAMOND, Larry. **Developing democracy:** toward consolidation. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999.

_____. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 1987.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. (v. 1)

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia.** Tradução de Sandra G. T. Vasconcellos. São Paulo: EdUSP, 1999.

ESPANHA. **Constituição espanhola de 1978**. Disponível em: <<http://www.iberred.org/pt/legislacion-penal/constitui%C3%A7%C3%A3o-espanhola-de-27-de-dezembro-de-1978>>. Acesso em: 8 jun. 2012.

FAORO, Raymundo. **A republica inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Laterza, 2007. (2 v.)

FISS, Owen M., “The Forms of Justice” (1979). Faculty Scholarship Series. Paper 1220. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 15 mar. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. **Problems of democratic transition and consolidation**: South America, Southern Europe, and Post-Communist Europe. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo**: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2005.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Tradução de Juan J. S. Echevarria. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

MULLENIX, Linda. General report – Common law and collective actions. *In*: NONET, Philippe, Selznick, and Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. New York: Octagon Books, 1978.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1991.

O'DONNELL, Guillermo. Illusions about consolidation. **Journal of democracy**, p. 34-51, 1996.

OAKESHOTT, Michael. **Moralidade e política na europa moderna**. Tradução de António Machuco. Lisboa: Século XXI, 1995.

OST, François. Entre droit et non droit, l'interêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'interet en droit privé. v. II. *In*: GERARD, Philippe; OST; François; KERCHOVE; M. van de. **Droit et Intérêt**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

PETTIT, Philip. Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory. *In*: FISHKIN, Peter Laslett James S. **Debating deliberative democracy**. Oxford: Blackwell Publishing Ltda., 2008. p. 138-162.

_____. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

PINTO, Ricardo Leite. Algumas hipóteses sobre a república e o republicanismo no constitucionalismo português. v. III, *In*: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. A ideia de elementos constitucionais essenciais. *In*: RAWLS, John. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. **Liberalismo Político**, São Paulo, SP: Atica, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Lenita M. R. Esteves Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Lecciones sobre la historia de la filosofia moral**. Tradução de Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós, 2007.

REALE, Miguel. “Em defesa dos valores humanísticos.” **O Estado de São Paulo**, mar. 13, 2004a.

_____. “O homem e a natureza.” **O Estado de São Paulo**, abr. 10, 2004b.

SANDEL, Michael. A new politics of the common good. **The Reith Lectures**. BBC. Jun. 30, 2009a. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/b001b6bt>>. Acesso em: 5 mar. 2010.

_____. The procedural republic and the unencumbered self. **Political Theory**, v. 12, n. 1, p. 81-96, Feb. 1984.

_____. Morality in Politics. **The Reith Lectures**. BBC, Jun 30, 2009b. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/>>. Acesso em: 10 mar. 2011

_____. Neo-republicanism: a critical introduction. **Paper for Workshop 2**. The History of Political Concepts, at ECPR Joint Sessions. Copenhagen, p. 14-19, April, 2000.

_____. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Mathias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**, p. 121-168, 2004.

SELZNICK, Philip. **The communitarian persuasion**. Washington DC: Woodrow Wilson Center Press, 2004.

_____. **The moral commonwealth**: social theory and the promise of community. Berkeley: University of California Press, 1992.

SIEYES, Emmanuel Joseph, conde. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers Etat? Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Hermenêutica responsiva, juízes constitucionais e antigas chagas sociais: o trabalho escravo chega ao Supremo Tribunal Federal – 118 anos depois. *In*: BARACAT, Eduardo Milléo. **Direito Penal do Trabalho**: reflexões atuais. Belo Horizonte: Forum, 2010.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of Judicial Power? *In*: NEAL TATE, C.; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 4/5, p. 167-175, 2004.

TOOBIN, Jeffrey. No more Mr. nice guy: the supreme court's stealth hard-liner. **The New Yorker**, may 25, 2009, Disponível em: <http://www.newyorker.com/reporting/2009/05/25/090525fa_fact_toobin?currentPage=1>. Acesso em: 22 jun. 2009.

WORLD Conference on Constitutional Justice. Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence: final declaration. Edited by Constitutional Court of South Africa and Venice Commission. **Final Declaration**. Cape Town, 2009. 2.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Diritto per: valore, principi e regole: a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin. **Quaderni fiorentini**, p. 865-897, 2002.

_____. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an Italian point of view. **International Constitutional Law Review**, 1. ed. p. 621-650, 2003.