

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL SEU PROCESSO DE ELABORAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: CAUSAS DE UMA CRISE CONSTITUCIONAL

Msc. Clarissa Bueno Wandscheer*

Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho**

RESUMO

A crise do direito, pelo fato de não garantir a justiça e a segurança, traz para a discussão atual o papel da Constituição. Essa crise é, em consequência, uma crise constitucional e para encontrar respostas para isto é preciso analisar a necessidade e a importância da proteção da Constituição, ou seja, do contrato social. A Constituição é estabelecida para determinar a amplitude do poder estatal e a competência do seu exercício. As bases para as Constituições e demais codificações partiram de fontes, que foram selecionadas historicamente pelos idealizadores desses institutos. Com a codificação somente a lei passou a ter força de direito, sendo ignorada as fontes plurais que eram utilizadas pelos diversos povos. A partir daí, a justiça veio a ser aquela que se efetiva com a pura aplicação da lei e o costume é utilizado somente quando está em conformidade com o estabelecido nos códigos e Constituições. Esse absolutismo jurídico foi potencializado pelo Estado, pois uma comunidade organizada impõe a força através do direito. Como o Estado é detentor dessa força faz-se necessário a análise dos seus elementos constitutivos para determinar os limites da sua atuação e as possibilidades de seu controle. Para então identificar os elementos que causam injustiça e insegurança.

PALAVRAS CHAVES: CODIFICAÇÃO; CONSTITUCIONALIZAÇÃO; ESTADO; PODERES ESTATAIS

* Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental PUCPR, Mestra em Direito Econômico e Social PUCPR, Professora dos Cursos de Graduação em Direito FAMEC e FESP, e professora de cursos de especialização em Curitiba.

* *Doutor em Direito do Estado UFPR, Professor da PUCPR do Programa da Pós-Graduação em Direito e da Graduação em Direito e Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT

There is a crisis in the judicial system because of the insurance and the injustice. And it makes us discuss the Constitution's objective. This crisis is also a Constitutional crisis. To find the answers is necessary to analyse the importance of the Constitution's protection, it means, the social contract. The Constitution is establish the limits of the State power's and the way of your exercise. The ideas to establish it came from some sources, this sources were selected by historical conditions. The codification process resulted of stating the rules and principles applicable in a given legal order excluding other forms of regulating the society. This different ways were used by diverse local and indigenous people. The justice became the simple code's application and the custom is autorizes to be used only when it is in agreement with the code. This is a law absolutism, it means a government that exercise a complete and unrestricted power in its management. The State or government is the regular owner of this power, because of this is necessary to analyse your elements, your way of work and the possibilities of your control. Then it is possible to identify the elements responsible for the insurance and the injustice.

KEY-WORDS: CODIFICATION; CONSTITUTION PROCESS; STATE; POWER'S STATE

INTRODUÇÃO

A discussão constitucional entra em cena novamente, tendo em vista que o direito está em crise, por não conseguir entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos, já que a injustiça e a insegurança predominam nas sociedades de hoje¹.

Na tentativa de encontrar respostas para a crise constitucional é preciso identificar a necessidade e a importância da proteção da Constituição, o contrato social. Para isso é importante analisar o fenômeno da transformação dos direitos em lei para então determinar a competência e a necessidade ou não de um órgão ou um processo de proteção da Constituição, ou seja, desse contrato.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 2005. p.1.

1 A FINALIDADE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO LEI: CÓDIGOS E CONSTITUIÇÕES

A configuração dos Estados contemporâneos teve início com a Revolução Inglesa do século XVII. Nesse momento foram estabelecidas as bases do liberalismo e do constitucionalismo moderno em face do embate entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar na disputa pelo poder. Logo após sobreveio a Revolução Americana e, em conseqüência, a Constituição Norte-americana de 1787. Esta foi a primeira Constituição escrita e solenemente ratificada². A formação de qualquer Estados é um processo, por isso não é possível estabelecer o momento exato de sua formação, mas é possível identificar características mínimas para a sua configuração.

Para exemplificar as diversas influências que sofreram as leis tem-se o caso da Inglaterra. A idéia de Constituição começou a nascer simbolicamente com a Magna Carta de 1215. Participaram da história constitucional inglesa: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. Cada um destes protagonistas marcou períodos da história política e constitucional do Reino. No período que vai de 1215 até o século XVII, predominou a autoridade do Rei, ou seja, um período monárquico. Entre o século XVII e meados do século XIX prevaleceu a Câmara dos Lordes, ou seja, um período aristocrático, e, desde de final do século XIX até os dias de hoje ocorre o predomínio da Câmara dos Comuns, reconhecido como o período democrático³.

Com o surgimento do Estado torna-se necessário o estabelecimento de uma regulamentação para determinar a amplitude do poder estatal e a competência do seu exercício. No intuito de estabelecer os parâmetros de atuação de cada um dos órgãos integrantes do Estado, os elaboradores das Constituições se utilizaram de algumas fontes.

Essas fontes passaram por um processo de seleção que no decorrer da história, principalmente latino-americana, se consolidou com prevalência dos costumes e leis europeu-ocidentais. Para exemplificar esse processo far-se-á pequena digressão histórica.

2 BARROSO, Luís Roberto. Marcello Cerqueira compõe vasto e rico painel político que revê origem e reforma nos últimos 300 anos. **O Estado de São Paulo**. De 08/07/2007. (...). 2008.

3 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 452, (...). 2008.

Na Espanha havia um sistema plural de fontes. Em face disso foi necessário elaborar um instrumento/código com força superior as demais fontes de direito, para facilitar a sua aplicação em todo o territorial espanhol. O mesmo ocorreu com os territórios portugueses, nos quais aplicaram-se as diversas ordenações reais. Mas foi com a aplicação do modelo francês, de codificação da lei, que se tornou possível visualizar a redução do direito à lei, desconsiderando outras formas de normatização social, como o costume⁴. Esse fenômeno de valorização da lei teve reflexo direto nas colônias espanholas e portuguesas na América, nas quais predominou a aplicação de um direito estrangeiro europeu-ocidental.

A preocupação da institucionalização dos direitos através da lei foi tão forte como se observa no artigo 1992 do projeto espanhol do código civil de 1836: "Ficam derogados todos os fueros⁵, leis, usos e costumes anteriores a promulgação deste Código, em todas as matérias que são objeto do mesmo, e não terão força de lei, mesmo que não sejam contrárias as disposições do presente Código."⁶

A codificação fez com que somente a lei passasse a ter força de direito, ignorando as fontes plurais de que se utilizavam anteriormente os habitantes de diferentes territórios. Esse processo refletiu na América, já que a codificação foi feita desconsiderando o direito desenvolvido pelos usos, costumes e tradições dessas terras e povos. Em consequência a transformação do direito em lei ocasionou a exclusão de outros direitos que não foram codificados, ou seja, não foram reconhecidos pelo Estado. E aqui já se evidencia umas das razões da injustiça.

O fato de que muitos direitos acabaram excluídos da tutela e proteção constitucional acarretou o desenvolvimento de costumes fora da lei. Isso se verifica, quando o legislador não percebe que existe uma demanda social e impõe uma norma que não se adequa às expectativas ou necessidades sociais, por isso melhor dizer que o legislador desobedeceu ao povo, e não o contrário, já que o povo é o único e legítimo

4 CLAVERO, Bartolomé. Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España, u por América. In: QUADERNI FIORENTINI. **Per la storia del pensiero giuridico moderno**. 24. Milano: á. Giuffrè Editore, 1994. p.87.

5 Fueros: conjunto de leis dadas como privilégio a um território determinado. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. Diccionario práctico del estudiante. Barcelona: Santillana Ediciones Generales. 2007. p.327.

6 CLAVERO, Bartolomé. Op. Cit. p.97-98.

soberano do Estado⁷. Ressalte-se que na América o costume se referia eminentemente ao direito indígena, não reconhecido como lei/direito pelo Estado, portanto, não estava passível de proteção e aplicação estatal.

Com isso vê-se que a codificação do direito transformado em lei na América Latina foi completamente excludente da participação dos destinatários destas leis, em virtude de que o direito e a língua foram uma imposição legal, e não uma liberdade de costume. O Código foi elaborado somente na língua de procedência européia para um amplo território com outras línguas com milhares de falantes que nem sequer conheciam o idioma de origem desta lei⁸.

A codificação das leis implicou simultaneamente no estabelecimento da contratualização do direito. Já que dependia do pacto fundamental para dar validade às demais normas regulamentadoras dentro do sistema.

A partir desse momento, a justiça passou a ser aquela que se efetiva somente com a pura aplicação da lei e o costume passou a ser utilizado somente quando está em conformidade com o estabelecido nos códigos. O absolutismo jurídico estrutural, ou seja, a lei como direito, ainda está ainda presente⁹.

Esse absolutismo jurídico foi potencializado pelo Estado, pois uma comunidade organizada impõe a força através do direito. Além disso, “o 'poder' não é prisões e cadeiras elétricas, metralhadoras e canhões; o 'poder' não é algum tipo de substância ou entidade por trás da ordem social. O poder político é a eficácia da ordem coercitiva reconhecida como Direito”¹⁰.

Isso demonstra a força com que o direito se estabeleceu nos seios da sociedade permitindo, através do poder, que outros direitos fossem excluídos e ignorados pelos Estados.

2 ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO ESTADO

A constitucionalização e a codificação, ao organizarem um Estado e estabelecerem um rol de direitos, fizeram com que alguns órgãos governamentais

7 Ibid. p.127.

8 Ibid. p.145.

9 Ibid. p.192.

10 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Boreges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.275.

concentrassem uma grande quantidade de poder como no caso do executivo estatal, a quem compete determinar as prioridades do Estado estabelecendo o que deve ou não ser feito nos próximos anos, de acordo com a sua política pública. Mas assim como pairam dúvidas sobre o excessivo poder nas mãos do executivo, deve-se olhar com cautela para o poder legislativo e judiciário. Tendo em vista que, como ocorreu na implantação do Estado liberal, as atuações de um poderiam legitimar as decisões de outro.

Observe o exemplo francês, que ao defender uma nova proclamação de direitos, acabou servindo também para fundamentar uma nova concepção do poder estatal. Disso resultou, que o tribunal de cassação francês se reservou a tarefa que não consistia em assegurar a proteção judicial dos direitos, mas em assegurar, em face da interpretação dos juízes, a exclusividade do poder do legislador em matéria de direitos¹¹. Portanto, o poder judiciário tinha o papel de legitimar e garantir a atuação legislativa, sem a possibilidade de questionar sobre a validade ou a eficácia dos direitos.

A necessidade de se investigar os elementos constitutivos do Estado está relacionado ao fato de se identificar a legitimidade do exercício do poder pelos órgãos estatais. Para poder analisar o exercício do poder far-se-á uma digressão à alguns conceitos que identificam os componentes formadores do Estado.

Maquiavel é tido como um dos precursores na utilização do termo Estado para identificar uma porção territorial com um poder definido. Já no primeiro item abordado em sua obra mais famosa, “O Príncipe”, expõe esse termo: “Todos os **Estados**, todas as senhorias que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram, e são, ou repúblicas ou principados.”¹² (gf). Interessante ressaltar que a este Estado, Maquiavel se referia ao estado das coisas. Logo, pretendia demonstrar em sua obra quais as estratégias e os artifícios que os Príncipes poderiam se utilizar para manter seu estado, ou seja os requisitos para o Príncipe governar o seu ou seus Estados¹³.

Para a maioria dos doutrinadores, em teoria geral do Estado, há um problema em se identificar o momento exato do seu nascimento, mas não há controvérsia entre os seus elementos essenciais. Esses são: povo, território, poder soberano e o aspecto temporal. O primeiro é identificado por uma unidade nacional, que nem sempre está

11 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madri: Editora T7rotta S.A., 2005. p.53-54.

12 MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Mira-Sintra: Europa-América Ltda, 1976. p.13.

13 SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p.151.

associado a uma homogeneidade, mas possui um vínculo jurídico com o respectivo Estado. Portanto, o povo “é o conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.¹⁴

Para Rousseau “no que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando sujeitos às leis do Estado.¹⁵

Com isso está clara a necessidade do povo como elemento essencial do Estado, uma vez que é o responsável por garantir a legitimidade do poder soberano exercido conforme estabelecido na Constituição. E também a importância no que se determina como lei, uma vez que o povo estará a ela subordinado.

O território é essencial, pois representa o espaço físico onde o poder soberano poderá ser exercido, pois é a esfera territorial de validade da ordem jurídica do Estado. Portanto, é legítimo ao Estado exercer atos autorizados pelo Direito internacional para a execução da ordem jurídica nacional¹⁶. Interessante ainda que o território: “é o espaço certo e delimitado onde se exerce o poder do governo sobre os indivíduos. Patrimônio do povo, não do Estado como instituição.”¹⁷ Aqui, mais uma vez, destaca-se a relevância do elemento humano na composição do Estado.

O terceiro elemento, o poder soberano ou poder político, ou, ainda, soberania. Que singelamente poderia ser identificado como a autoridade que não pode ser limitada por nenhum outro poder e é aplicada ao povo/cidadãos.

A soberania possui as qualidades de ser válida e eficaz na ordem jurídica nacional. “Porque a soberania só pode ser qualificada de uma ordem normativa na condição de autoridade que é fonte de obrigações e direitos”¹⁸.

Esse poder constitui a faculdade de mandar sobre um Estado, ou seja, sobre a

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2005. p.99-100.

15 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores. Disponível em :<www.jarh.org>. Acesso em 04 jan. 2002. p.10.

16 KELSEN, Hans. Op. Cit. p.300-301.

17 MALUF, Shaid. **Teoria geral do Estado**. Atualizada pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2006. p.26.

18 KELSEN, Hans. Op. Cit. p.365.

sociedade política e juridicamente organizada. Se caracteriza por ser um poder de caráter territorial, pois está referido a um território determinado; e por ser o único que pode exercer a coação física legitimamente¹⁹. Pois, “Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força. E esse é um dos caracteres essenciais do Estado.”²⁰

Rousseau em sua obra explica a idéia de soberania e ao mesmo tempo justifica a possibilidade do exercício da coação por parte do Estado.²¹

E, finalmente, tem-se o aspecto temporal, que é abordado por Kelsen, pois assim como os Estados têm uma existência espacial também têm uma existência temporal, já que podem surgir e desaparecer. “Assim como a existência do Estado no espaço é o domínio espacial de vigência da ordem jurídica estadual, assim a existência temporal do Estado é o domínio temporal de vigência da mesma ordem jurídica. (...) a questão dos limites temporais, isto é, a questão de saber quando um Estado começa e quando cessa de existir”.²² E por isso, também deve ser considerado como um de seus elementos.

Com o intuito de formalizar este ente, estabelecer limites para a sua atuação e garantias mínimas para os associados/cidadãos/povo é que se elabora uma Constituição. Para impedir eventuais abusos da soberania convencionou-se dividir a forma de manifestação em poderes: legislativo, executivo, com representantes legítimos do povo, e o judiciário, como garantidor da lei.²³

A legalidade em ocupar determinado cargo, seja no poder executivo, legislativo ou judiciário está no fato de que quem o exerce chegou até ele pela maneira prevista

19 BORJA, Rodrigo. **Sociedad, cultura y derecho**. Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cia Ltda, 2007. p.63.

20 KELSEN, Hans. Op. Cit. . p.273.

21 “Se o Estado ou a cidade só constitui uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, é necessário uma força universal e compulsória para mover e dispor cada uma das partes da maneira mais conveniente para o todo. Como a Natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania.” ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit. p.16.

22 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.319-320.

23 “(...) nossos políticos, não podendo dividir a soberania em seu princípio, dividem-na em força e em vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro; ora confundem todas essas partes, ora as separam; fazem do soberano um ser fantástico formado de peças ajustadas; é como se compusessem o homem reunindo diversos corpos, um dos quais teria os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais” ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit. p.14.

pela Constituição ou pela lei. Já a idéia de legitimidade está atrelada à participação popular, do cidadão, no processo de determinação dos ocupantes dos cargos vagos. Pela legislação brasileira os cargos de comando dos poderes legislativo e executivo dependem da manifestação popular que ocorre através dos pleitos eleitorais²⁴.

3 COMO PROTEGER A CONSTITUIÇÃO²⁵

A organização de Estados estimulou a criação de Constituições e tornou-se necessária a determinação de um ou alguns órgãos ou instâncias de proteção desse novo instituto, uma vez que a proteção da Constituição implica, conseqüentemente, na proteção dos direitos e garantias dos cidadãos em face das arbitrariedades estatais.

Por isso que os direitos encontram a sua base na Constituição e é ela, por definição, uma criação política, não o simples reflexo de uma ordem natural, mas ainda, é a máxima de todas as criações políticas²⁶. E por isso que a garantia da continuidade está somente na vontade de seus próprios integrantes.

Na preocupação em proteger a organização social e os direitos surge a necessidade de identificar o órgão mais apto para a proteção constitucional. Esse tema foi uma polêmica no século XX. Pois, a discórdia estava entre reconhecer a legitimidade da proteção ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário. Observe-se que é reconhecida pela Constituição brasileira a legitimidade para alterá-la somente ao Poder Legislativo, este em última instância que irá decidir pela alteração ou não do texto constitucional e aos demais órgãos cumpre a missão de garantir a plena aplicação da Constituição e proteger o sistema jurídico de leis inconstitucional, que prejudicam a harmonia do ordenamento como um todo.

No caso da má aplicação da Constituição ou da não aplicação surge a necessidade de estabelecer um órgão capaz de forçar o seu cumprimento. Pois a necessidade de proteger a Constituição está relacionada com os princípios do Estado de Direito e ao da Legalidade da função estatal. Tudo isso sob pena de não cumprir o contrato social estabelecido entre o povo.

Carl Schmitt defendeu que a guarda da Constituição deveria estar sob o domínio

²⁴ Constituição brasileira de 1988 artigos: 45, 46 e 77.

²⁵ Neste tópico não há a preocupação em estabelecer as formas de controle defendidas por cada um dos autores, ou seja, não serão discutidas as modalidades de controle de constitucionalidade: o concreto e o abstrato.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.114.

do Poder Executivo, o Reich alemão. Essa afirmação deve ser analisada de acordo com o contexto, pois na época a Alemanha estava dividida por interesses particulares dos partidos que dominavam os diversos estados da confederação alemã.

Em face dessa divisão de interesses e a falta de unidade e homogeneidade de um Estado, Carl Schmitt vai defender assiduamente que a Constituição deve ser protegida pelo Chefe de Estado, pois este detinha a legitimidade, por ser eleito e, ainda, a independência dos demais órgãos, o legislativo e o judiciário.²⁷

Schmitt prefere delegar a proteção constitucional ao Poder Executivo, pois não aceita o controle concentrado de constitucionalidade, já que para ele a Constituição não é um simples conjunto de leis fundamentais, mas, seria a decisão consciente da forma de sua unidade política²⁸.

Em contrapartida Kelsen entende que a proteção da Constituição não deve estar nas mãos do poder legislativo nem do executivo, uma vez que são eles próprios que devem ser controlados, pois seus atos podem confrontar diretamente a constituição. Isso decorre do fato de que compete a Constituição estabelecer os limites de ambos os poderes.

Ao contrário de Schmitt que defende como poder neutro o Poder Executivo, Kelsen vai defender que o Poder Judiciário é o mais apto para a defesa da Constituição, pois os magistrados possuem independência em face do governo e do parlamento e, ainda, são compelidos à neutralidade por princípio constitucional.

A vantagem de reconhecer ao judiciário a guarda constitucional está em que os magistrados não dividem o exercício do poder e não estão em oposição nem ao governo e nem ao parlamento. Nas palavras de Kelsen: "A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo."²⁹

²⁷ Conf. "(...) há a independência do chefe do executivo, seja do monarca na monarquia constitucional, cuja independência se baseia na hereditariedade da sucessão ao trono e na inviolabilidade de sua pessoa, seja a independência do presidente do Estado em uma democracia constitucional, como a que garante a Constituição de Weimar por meio de eleição por todo o povo alemão (artigo 41 da Constituição do Reich), por seu mandato de sete anos (artigo 43, § 1º, da Constituição do Reich) e sua difícil revogação (artigo 43 da Constituição do Reich)". SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.223.

²⁸ MENDES, G. F. In: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XI.

²⁹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. São

Agrega-se ao fato de que os juízes além de estarem imbuídos da prerrogativa de imparcialidade e não disputarem o poder estatal, participam da atualização dos direitos como patrimônio subjetivo individual e, atuam no reconhecimento da lei como instrumento de projetos políticos e jurídicos objetivos. Por isso que para Zagrebelsky deve haver um equilíbrio entre as exigências dos direitos e as das leis ou entre o poder dos juízes e o do legislador³⁰.

Com base nesses apontamentos é necessário refletir se este é realmente o ponto fulcral do problema da crise do direito, e em consequência, constitucional no Estado contemporâneo, ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se chegar a uma conclusão sobre a crise do direito é necessário destacar, em primeiro lugar, a importância da Constituição como contrato social fundador da ordem estabelecida, e a suma relevância que possui nas sociedades modernas.

“O contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, um obrigação complexa e contraditória porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade.”³¹

Porém, é preciso ressaltar que nem todos os que estão submetidos à esse contrato foram ouvidos ou puderam participar da elaboração deste instrumento fundador e regulamentador da ordem. Já que “é óbvio que os indivíduos que efetivamente criaram a constituição representavam apenas uma parcela mínima de todo o povo – isto, mesmo que se leve em consideração aqueles que os elegera.”³²

Como qualquer contrato, a Constituição, estabeleceu critérios de inclusão e consequentemente de exclusão. Com isso, têm-se os processos de codificação e constitucionalização do direito, em que grande parte da população afetada pelas normas não puderam participar do seu processo de criação e seleção.

Paulo: Martins Fontes, 2003. p.276.

30 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.60.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: NUCLEO DE ESTUDOS DOS DIREITOS DA CIDADANIA – NEDIC – **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p.83.

32 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. p.372-373.

No entanto, com as elaboração de normas ocorre sempre a exclusão daqueles que não estão dentro do consenso comum, dos diferentes, dos outros. Por isso, a força do Estado, ou seja, sua soberania “entendida originariamente como situação eficiente de força material empenhada em construir e garantir a supremacia e unicidade na esfera política, se encontrava implícito, o princípio de exclusão e beligerância frente ao alheio.”³³

Essa exclusão se justifica porque a lei já não é a expressão pacífica de uma sociedade política e internamente coerente, mas é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social, não é o final, senão a continuação de um conflito, não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificados e generalizados, mas é, ao contrário, um ato personalizado e que pretende alcançar interesses particulares ou de grupos de interesse³⁴.

E isso denota a necessidade premente de uma reestruturação no sistema, uma vez que se concede autonomia a órgãos que devem proteger a Constituição e ao mesmo tempo os direitos dos cidadãos, mas não se permite a manifestação de toda a sociedade na identificação de quais serão ou deveriam ser os direitos garantidos constitucionalmente e protegidos pelo judiciário.

A identificação da elaboração de leis cada vez mais particulares para o atendimento de interesses individuais, torna cada vez mais compromissório o produto legislativo, já que tudo é suscetível de transação entre as partes, inclusive os mais altos valores, os direitos mais intangíveis³⁵. Confirmando, assim, a vulnerabilidade do poder legislativo para a proteção de valores tão necessários para a garantia da ordem jurídica e constitucional.

Além disso, a ordem estabelecida, que compreende as normas válidas, corrobora para que a dominação do Estado prossiga. Como expõe Kelsen: “A dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada com tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes; e essa ordem é a ordem jurídica da comunidade cujo órgão é o

33 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.10.

34 Ibid. p.38.

35 Ibid. p.38.

'governante do Estado". 36

Esse modelo de contrato excludente segue aplicado no contrato moderno, pois apresenta os seguintes critérios de inclusão, segundo Boaventura: apenas os indivíduos e suas associações; somente os cidadãos, com exclusão de mulheres, minorias étnicas, estrangeiros, imigrantes; e por fim, o comércio público dos interesses, ou seja, só os interesses exprimíveis na sociedade civil podem ser objeto de contrato³⁷. Com isso observa-se que grande parte da sociedade não participa do contrato e nem pode exigir a inclusão de suas demandas na pauta nacional.

Isso porque o Estado de Direito foi a fórmula utilizada para expressar o 'Estado da razão', o Estado governado segundo a vontade geral da razão orientado somente para a consecução do maior bem geral³⁸. Em consequência com a exclusão de outros usos, costumes e tradições que foram considerados irracionais ou primitivos.

E, também, porque o processo liberal fez com que os Estados nacionais se submetessem à agências multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio. Além disso, convencionou-se em estabelecer Estados fracos para que houvesse o fortalecimento da sociedade civil.³⁹

Como garantir que na proteção do contrato social, já com vícios na sua formulação, o poder judiciário possa ser garantia dos direitos dos cidadãos e dos excluídos, se está comprometido com a manutenção dos princípios da ordem internacional que estão preocupados em atender o capital e o comércio internacionais.

Além disso, a Constituição carece de mecanismos eficazes de concretização, deixando de cumprir sua finalidade de orientação e legitimidade social. Nas palavras de Bercovici: “Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as

36 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. ... p.270.

37 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: NUCLEO DE ESTUDOS DOS DIREITOS DA CIDADANIA – NEDIC – **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p.84.

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.22.

39 Conf. “O consenso liberal integra ainda o consenso do primado do direito dos tribunais, que deriva do modelo de desenvolvimento promovido pelos consensos anteriores. Este modelo dá total prioridade à propriedade privada, às relações mercantins e ao setor privado, cuja operacionalidade assenta em transações seguras previsíveis, garantidas contra riscos de violações unilaterais. Tudo isso exige um novo quadro jurídico e atribui aos tribunais um novo papel, bem mais central, enquanto garantes do comércio jurídico e instâncias de resolução de litígios. O marco político da contratualização social deve, pois, ceder o lugar ao marco jurídico e judicial da contratualização individual. Esta é uma das dimensões principais da judicialização da política.” SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. p.99.

responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja enquanto poder político, seja enquanto implementador de políticas públicas.⁴⁰

De acordo com isso tem-se as constatações de Sergio Buarque de Holanda, que infelizmente, continuam atuais: “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul⁴¹.

O executivo carece de legitimidade também por estar em conluio para a manutenção de um Estado fraco, e por isso, submisso as vicissitudes dos interesses internacionais em prejuízo do objetivo da Constituição, ou seja, em prejuízo do bem comum.

Tudo isso, é o reflexo da construção de um Estado baseado eminentemente em ideais europeus, sem levar em consideração as características próprias de outros lugares, com usos, costumes e tradições diferentes. Pois é evidente que o Estado como titular do mais extraordinário de todos os monopólios, o monopólio da decisão política, esta brilhante criação do formalismo europeu e do racionalismo ocidental, está a ponto de ser derrubado⁴².

Isso tudo culmina com a idéia de uma nova reestruturação política e legal do Estado moderno, para que sejam atendidas as necessidades de todos e não de uma pequena parcela da população.

Para Boaventura há a necessidade de reinventar o Estado, porque não temos outra instituição política onde podemos reivindicar os direitos universais: civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Não há nenhuma alternativa neste momento e enquanto não há outras opções o Estado deve ser fortalecido, mas deve ser muito mais participativo. “¿Por qué? Porque el Estado hoy se ha transnacionalizado de alguna manera en las sociedades que sufren presiones de los organismos financieros internacionales, y las presiones desde abajo no son muy fuertes. Sin participación popular, sin presión, el Estado va a ser capturado por las grandes transnacionales, por los

40 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 36, nº142 abr/jun.Brasília: Senado, 1999. p. 47.

41 Apud BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 36, nº142 abr/jun.Brasília: Senado, 1999. p.47.

42 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p.12.

intereses del capitalismo global”.⁴³

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Marcello Cerqueira compõe vasto e rico painel político que revê origem e reforma nos últimos 300 anos. **O Estado de São Paulo**. De 08/07/2007. Disponível em:

<http://www.livrariacultura.com.br/scripts/cultura/imprensa_diz/imprensa_diz.asp?nitem=1873485&sid=00233732591151953165346&k5=20209829&uid=>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 05 maio 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 36, nº142 abr/jun. Brasília: Senado, 1999. p.35-52.

BORJA, Rodrigo. **Sociedad, cultura y derecho**. Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cia Ltda, 2007.

CLAVERO, Bartolomé. Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España, u por América. In: QUADERNI FIORENTINI. **Per la storia del pensiero giuridico moderno**. 24. Milano: á. Giuffrè Editore, 1994. 81-194p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 237-298p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Boregas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em:

43 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Necesitamos otra lógica para asegurar el futuro**.

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

MALUF, Shaid. **Teoria geral do Estado**. Atualizada pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Mira-Sintra: Europa-América Ltda, 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario práctico del estudiante**. Barcelona: Santillana Ediciones Generales, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores. Disponível em :<www.jarh.org>. Acesso em 04 jan. 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Necesitamos otra lógica para asegurar el futuro**. Disponível em: <<http://laventana.casa.cult.cu/modules.php?name=News&file=article&sid=2976>>

Acesso em: 22 jan. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: NUCLEO DE ESTUDOS DOS DIREITOS DA CIDADANIA – NEDIC –**Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. 83-129p.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madri: Editora Trotta S.A., 2005.