

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

NELSON CAMATTA MOREIRA

**FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO
DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA**

SÃO LEOPOLDO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

NELSON CAMATTA MOREIRA

**FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO
DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2009

M838f Moreira, Nelson Camatta

Fundamentos filosófico-políticos da teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia / por Nelson Camatta Moreira. 2009.

237 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

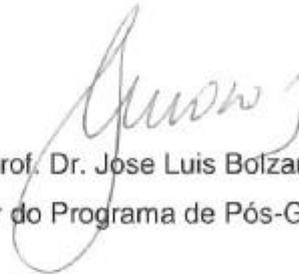
1 Teoria da Constituição. 2. Cidadania. 3. Estado social. 4. Política do reconhecimento. I. Título.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada "*Fundamentos filosófico políticos da teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*", elaborada pelo doutorando **Nelson Camatta Moreira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 25 de março de 2009.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Gilberto Bercovici

Membro: Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes



A meus pais, Nilton e Lylian, que sempre se mostraram incondicionalmente, e a qualquer tempo, compreensivos, generosos e presentes fisicamente e nos meus mais amorosos pensamentos.

À Marina, “companheira de todas as horas”, que transformou os mais angustiantes instantes em ternos capítulos da nossa rica história de amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo apoio material, emocional e intelectual, a gratidão por toda a minha vida, com todo o amor que nela houver;

À Marina, pela cumplicidade profissional (no incomensurável auxílio na revisão e formatação do texto) e amorosa (a/em qualquer tempo);

Ao professor Lenio Luiz Streck, cujos ensinamentos paradigmáticos e amizade, em meio às inúmeras dúvidas que a angústia pela busca do conhecimento alimenta, sempre me trouxeram a certeza de que a dedicação a estes seis anos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) na UNISINOS foi uma das melhores decisões da minha vida;

Ao professor co-orientador José Manuel Aroso Linhares, pelo acolhimento e pelo enriquecedor convívio acadêmico em terras lusitanas;

Ao Centro de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES) pelo fundamental financiamento dos estudos no Brasil (UNISINOS-RS) e em Portugal (Universidade de Coimbra);

Aos irmãos Maria Teresa, Joaquim, Marcio e Marcelo, que sempre demonstraram, cada qual a sua maneira, apreço e admiração pela minha jornada;

Ao professor José Carlos Moreira da Silva Filho pela conversa amiga e pelas inolvidáveis lições acadêmicas;

Aos amigos, espalhados por este imenso Brasil, que contribuíram direta ou indiretamente para esta árdua e gratificante jornada acadêmica, em especial, Jasson Amaral, Antonio Oliveira, Bruno Sant'Anna, Franklin Cunha, Thiago de Carvalho, Juliano Merçon, Jeferson Dutra, Marcelo Dadalt, Marquinho Scapini e Emanuel Dhayan;

Alguns agradecimentos muito especiais a Jô, Toninho e Daniel pelo enorme carinho e pela solicitude nos mais variados e, às vezes, inusitados, momentos e à professora Luciana Hibner, pelas imensuráveis contribuições na revisão do texto;

À força Divina, pela energia vital de todos nós.

Arthur Bispo do Rosário foi negro, pobre, marinheiro, lutador de
boxe e artista por conta de Deus.
Viveu num manicômio do Rio de Janeiro.
Lá, os sete anjos azuis transmitiram a ele a ordem divina: Deus
mandou-o fazer o inventário geral do mundo.
A missão encomendada era monumental. Arthur trabalhou dia e
noite, cada noite, cada dia, até que no inverno de 1989, quando
estava em plena tarefa, a morte agarrou-o pelos cabelos e o levou.
O inventário do mundo, inconcluso, estava feito de ferro velho,
vidros quebrados,
vassouras calvas,
chinelas caminhadas,
garrafas bebidas,
lençóis dormidos,
rodas viajadas,
bandeiras vencidas,
cartas lidas,
palavras esquecidas e
águas chovidas.
Arthur havia trabalhado com o lixo. Porque todo o lixo era vida
vívida, e do lixo vinha tudo o que no mundo era ou tinha sido.
Nada de intacto merecia aparecer. O intacto tinha morrido sem
nascer. A vida só latejava no que tinha cicatrizes.

Eduardo Galeano

RESUMO

Na pesquisa bibliográfica realizada e no raciocínio desenvolvido ao longo do texto, intenta-se discutir a fundamentação de uma Teoria da Constituição adequada à realidade brasileira marcada, por sua vez, pela imensa desigualdade social, bem como pela ausência de um Estado (social) capaz de implementar as promessas da modernidade e, conseqüentemente, de contribuir para a transformação da sofrível condição de vida de seus cidadãos. Para tanto, num primeiro momento, como tentativa de construção de um pano de fundo filosófico-político aborda-se o pensamento de alguns autores que se destacam atualmente nos estudos sobre a questão do reconhecimento político. A partir dessa base teórica, em seguida, discute-se a necessidade de concretização do projeto iniciado pela Constituição de 1988 que visa, dentre os seus principais objetivos, a ampla efetivação da cidadania no Brasil. Nesse percurso alguns temas são enfrentados como: o fortalecimento da idéia de Constitucionalismo Dirigente em face dos desafios globais, a necessidade de atuação de um modelo de Estado social, o fomento de um sentimento constitucional (ter e estar em Constituição) para uma ampla camada do povo brasileiro que sofre constantes humilhações políticas e são vítimas, no cotidiano, do fenômeno da invisibilidade social. Por fim, em face disso, relaciona-se a teoria política do reconhecimento e o sentimento constitucional como possíveis “remédios” para o chamado sofrimento político.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Estado Social. Cidadania. Sentimento Constitucional. Política do Reconhecimento.

ABSTRACT

Taking into account this bibliographical research and the ideas developed throughout the text as well, this piece of work aims at discussing the fundamental line of a Constitutional theory adapted to the Brazilian reality which is marked by its huge social difference then; not to mention the lack of a Welfare State unable to implement the promises of the modern times, and consequently, to contribute to change the hard life conditions of its citizens. Thus, to begin, as an attempt to construct a political and philosophical scenario, some thoughts of some important current authors that debate politics of recognition issues, will be used here. From this theoretical basis, and then the necessity of the realization of the project started by the Constitution of 1988 that intends, among its various objectives, a large execution of citizenship in Brazil will be argued. In this direction, some issues are faced as: the strengthening of the idea of Directing Constitutionalism before the global challenges, the need of carrying out a model of a Welfare State, the encouragement of a constitutional feeling (to have and to be) to a larger class of Brazilians that are object of constant political humiliations and are everyday victims of the phenomenon of the social invisibility. Finally, being so, both the theory of the Politics of recognition and the constitutional feeling are seen as possible “medicines” for the so called political suffering.

Keywords: Theory of Constitution. Welfare State. Citizenship. Constitutional Feeling. Politics of Recognition.

RESUMEN

En la investigación bibliográfica realizada y dentro del análisis desarrollado a lo largo del texto, se discuten los fundamentos de una Teoría de la Constitución adecuada a la realidad brasileña marcada, a su vez, tanto por la inmensa desigualdad social como por la ausencia de un Estado (social) capaz de implementar las promesas de la modernidad y, consecuentemente, de contribuir para la transformación de la penosa condición de vida de sus ciudadanos. En un primer momento, como tentativa de construcción de una fundamentación filosófico-política, se aborda el pensamiento de algunos autores actualmente destacados en los estudios sobre la cuestión de reconocimiento político. A partir de esa base teórica, se discute la necesidad de concretizar el proyecto iniciado por la Constitución de 1988, cuyo principal objetivo, es la amplia efectivación de la ciudadanía en Brasil. Dentro de los tópicos abordados, son enfrentados algunos temas, como ser: el fortalecimiento de la idea de Constitucionalismo Dirigente ante los desafíos globales; la necesidad de actuación de un modelo de Estado social; el fomento de un sentimiento constitucional (tener y estar en la Constitución) para una amplia camada del pueblo brasileño que sufre constantes humillaciones políticas y son víctimas, en lo cotidiano, del fenómeno de la invisibilidad social. Finalmente, se relaciona la teoría política del reconocimiento y el sentimiento constitucional como posibles “remedios” para el llamado sufrimiento político.

Palabras clave: Teoría de la Constitución. Estado Social. Ciudadanía. Sentimiento Constitucional. Política del Reconocimiento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 MATRIZES DA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO E DA REDISTRIBUIÇÃO: BASES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA NA MODERNIDADE BRASILEIRA	17
2.1 TRÊS MATRIZES TEÓRICAS DO RECONHECIMENTO (E DA REDISTRIBUIÇÃO) NA FILOSOFIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA	17
2.1.1 Charles Taylor: Identidade e Reconhecimento na Modernidade	18
2.1.2 Nancy Fraser: Redistribuição ou Reconhecimento?	28
2.1.2.1 O risco do eclipse da redistribuição pelo reconhecimento	29
2.1.2.2 Redistribuição e reconhecimento: o problema das comunidades ambivalentes	31
2.1.3 Axel Honneth e a Luta por Reconhecimento	34
2.1.3.1 As etapas do reconhecimento	37
2.2 A CONTRIBUIÇÃO DE JESSÉ SOUZA COM A SUA PROPOSTA DE "DIFÍCIL CASAMENTO ENTRE MORALIDADE E PODER" NAS TEORIAS DE CHARLES TAYLOR E PIERRE BOURDIEU RESPECTIVAMENTE	40
2.3 A DIMENSÃO DA TEORIA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO: DELIMITAÇÃO DO APORTE TEÓRICO FILOSÓFICO POLÍTICO PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO COMPROMETIDA COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA	42
3 POR UMA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: DA PROPOSTA INICIAL À ADEQUAÇÃO ESPAÇO TEMPORAL.....	47
3.1 O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	47
3.2 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO CAPITALISMO TARDIO	57
3.2.1 A construção (adaptação) de J.J. Gomes Canotilho	61
3.2.2 O Questionamento da Teoria da Constituição Dirigente: um Filho Enjeitado?..	63
3.3 "TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA" E "TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA": POR QUE AINDA UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO BRASIL?	69
3.3.1 A Tentativa de Redução do Constitucionalismo Dirigente e as Principais Críticas ao Ativismo Judicial: da Discussão (Pro)Posta aos Interesses Pressupostos da Tese.....	74
4 A MODERNIDADE DIFERENCIADA BRASILEIRA: A QUESTÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL E ALGUMAS BASES PARA A CONSTRUÇÃO DA "TCDAPMT" FUNDAMENTADA NA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO.....	87
4.1 A DESIGUALDADE COMO FENÔMENO DE MASSA NA MODERNIDADE DIFERENCIADA: QUE É O POVO NO CONSTITUCIONALISMO PERIFÉRICO? 87	87
4.1.1 A Modernidade Brasileira: o Desenvolvimento de uma "Cidadania Precária", a Naturalização da Desigualdade e Seus Reflexos no(do) Campo Jurídico	93
4.2 A MODERNIDADE SOB A ÓTICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO: A HISTÓRICA DESIGUALDADE SOCIAL E O INTERVENCIÓNISMO TENDENCIOSO: A AUSÊNCIA DE ESTADO DE DIREITO NO BRASIL.....	105
4.2.1 O Estado Moderno em Sua Postura Jurídico-Política numa Perspectiva "Generalizante".....	106

4.2.1.1 As Transformações do Estado na Modernidade: o Advento e a Crise do Estado Social ("Protetor")	108
4.2.2 O Estado Moderno Brasileiro e a Sociedade dos Establishment e dos Outsiders .	113
5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO POLÍTICOS PARA A EDIFICAÇÃO DA "TCDAMPT": ESTADO, POLÍTICA DO RECONHECIMENTO E SENTIMENTO CONSTITUCIONAL	124
5.1 O TORMENTOSO CAMINHO DE AFIRMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL DIRIGENTE EM TEMPOS DE (CRISE DO) NEOLIBERALISMO GLOBAL	124
5.1.1 O poder simbólico dos direitos fundamentais para a manutenção do Estado: uma vez mais a relação entre direito e política.....	126
5.1.2 O Estado Social e o Neoliberalismo (em Tempos de Crise) Global.....	134
5.2 O PRINCÍPIO DA "DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA" NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICO-NORMATIVOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA LINGUAGEM COMUM ACERCA DA CIDADANIA NO BRASIL	143
5.3 POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E ÉTICA DO RECONHECIMENTO X SOFRIMENTO POLÍTICO.....	147
5.3.1 O Sentimento Constitucional e a Ética do Reconhecimento como Pressupostos para a Construção do Sujeito Constitucional	154
5.3.2 O Sentimento Constitucional e a Ética do Reconhecimento em Face do Sofrimento Político	161
6 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

Considerando-se o forte debate iniciado no Brasil após a implementação da Carta Constitucional de 1988 em torno das possíveis mudanças paradigmáticas no Estado, na sociedade e no direito, vislumbra-se, no texto que se descortina a partir de agora, a abordagem hermenêutica da construção da cidadania no Brasil relacionando-a com um *ethos* capaz de possibilitar a efetivação de um audacioso e necessário projeto de transformação, previsto pelo texto constitucional dirigente compromissário em vigor, da absurdamente desigual sociedade brasileira.

Nessa perspectiva, com o intuito de sintetizar as contradições brasileiras e os ideais de mudança de seu povo (após longo período de regime ditatorial militar) e acolhendo o discurso expansivo de proteção e defesa dos direitos humanos capitaneado pelos diversos tratados internacionais ratificados pelos Estados nacionais após a II Guerra, o constituinte brasileiro tratou de incluir, logo nos primeiros artigos constantes do Título II – e em várias outras partes - do texto constitucional, uma lista de direitos que se convencionou chamar de fundamentais. E mais, optou por instituir um modelo de Estado Democrático de Direito, inspirado especialmente nas Cartas constitucionais portuguesas de 1976 e espanhola de 1978, sedimentado no poder soberano do povo e fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

Assim, os ideais de proteção de direitos humanos e de sedimentação da democracia – principais símbolos do constitucionalismo dirigente – partem do pressuposto, ainda que de forma abstrata, de uma dimensão de dignidade efetivamente compartilhada que acabaria proporcionando a solidificação de uma dimensão jurídica da cidadania afirmada com base nos pressupostos da liberdade, da igualdade e de uma racionalidade capazes de permitir escolhas éticas com pretensões de universalidade.

Nesse diapasão, uma vez que os direitos – todos os direitos – não são “dados” (*physei*), mas “construídos” (*nomoi*) no âmbito de uma comunidade política, a cidadania passa a ser concebida como o “direito a ter direitos”¹, pois sem ela não se tem a igualdade que requer o acesso ao espaço público. E o *locus* para a enunciação desses direitos passa a ser, na modernidade, a Constituição que os protege e os afirma por meio do Estado.

¹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Partindo-se desses pressupostos, é importante referenciar que a cidadania encontra-se intimamente relacionada aos fatores caracterizadores da modernidade (central) ocidental - (a) a sociedade centrada no indivíduo; (b) crença na igualdade entre os homens; (c) origem contratual do Estado; e (d) fundamento popular de poder – que, quando vistos em conjunto, constituem-se nas condições político-jurídicas de possibilidade de sua efetivação. De acordo com esse discurso, então, a cidadania serve de substrato básico para a implementação das promessas universalizantes dos direitos humanos, bem como da “instituição permanente” da democracia.

Todavia, desde logo, é válido frisar que a modernidade não possui apenas uma (a mesma) face em todas as partes do mundo e, justamente por isso, em sua outra face (a maisdesbotada!), as nações que se desenvolveram no rastro expansionista do movimento capitalista, especificamente as sociedades da “nova periferia”, como, em especial, a brasileira, tem a ver, antes com a “ausência” do que com a “presença” de uma organização social e de uma tradição moral ou religiosa que pudessem, efetivamente, “esquematizar”, conforme se verá subseqüentemente, o impacto modernizante das práticas institucionais transplantadas como ‘artefatos prontos’.

A partir desse diagnóstico, propõe-se, na presente tese, como condição fundante de um projeto estruturador de um constitucionalismo dirigente “à moda brasileira”, a necessária construção hermenêutica de um paradigma jurídico pautado por uma ética includente (oposta ao modelo neoliberal globalizante), com uma concepção de reconhecimento extensiva a todos os membros da comunidade política, num resgate de promessas da modernidade inalcançadas. E, para esse intento, há a proposta de imersão na teoria do reconhecimento com ênfase nas obras de Taylor e Honneth, bem como, todavia com menor intensidade, nas ideias de Fraser e Bourdieu. Todos pensadores preocupados com a questão da construção da identidade, marcada, por sua vez, por seu caráter dialógico, valorizador da política da diferença, na qual “todas as pessoas devem ser reconhecidas por suas identidades únicas”².

Com essa base, buscar-se-á, no segundo capítulo, o estabelecimento de alguns diálogos, entre expoentes da política do reconhecimento, capazes de revelar, em sua maioria, os pontos convergentes, mas também alguns divergentes, a fim de se construir um arcabouço teórico da política do reconhecimento que sirva de matriz diferenciada capaz de oferecer recursos interpretativos da modernidade periférica brasileira, bem como de fundamentar a

² TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: _____. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 58.

possibilidade de construção, no campo do direito, de uma Teoria da Constituição adequada a essa realidade específica.

Assim, tendo em vista “as palavras de Marx” que indicam que “a ‘imigração das ideias’, (...) raramente se faz sem dano”, na medida em que “ela separa as produções culturais do sistema de referências teóricas em relação às quais as ideias se definiram, consciente ou inconscientemente, quer dizer, do campo de produção balizado por nomes próprios ou por conceitos”³, ocorre, por conseguinte, ainda no primeiro capítulo, a preocupação, o cuidado em se buscar o auxílio de alguns outros teóricos do assunto (teoria política do reconhecimento), com destaque para Jessé Souza, cujas obras contribuíram, num primeiro momento, para favorecer a devida adequação/contextualização das diversas categorias conceituais dos autores dito “centrais” e, no desenrolar do trabalho, para auxiliar na leitura das peculiaridades da modernidade brasileira no que diz respeito à formação da subcidadania como um fenômeno *naturalizado* e de massa com características próprias que muito interessam para a fundamentação da Constituição e para a adequação de seu discurso.

Contudo, conforme já se afirmou anteriormente, a modernidade no Brasil formou-se a partir de uma “esquematisação” capaz de comportar peculiaridades sociais, políticas, econômicas e jurídicas diferenciadoras das “nações centrais”, onde projetos sociais interventivos foram, em alguma medida ou efetivamente, implementados pelos Estados. As transformações estatais que ocorreram nas nações europeias e, também, nos Estados Unidos não se deram nas mesmas medidas no Brasil e estas distinções, além de serem importantes para se compreender o *status quo* sócio-político-econômico, acabam por forjar, também, uma “pré-compreensão inautêntica” (no sentido gadameriano) diferenciada nos respectivos campos jurídicos. Daí a importância de se defender a manutenção do projeto dirigente inaugurado no Brasil, com a constituição de 1988, para que os objetivos traçados pelo seu texto não sejam jogados no limbo da história.

Diante disso, no terceiro capítulo, há a preocupação em reforçar a importância e a necessidade da implementação do Constitucionalismo dirigente no Brasil, ainda que a proposta não esteja mais na “pauta do dia” dos países nem tampouco seja a principal preocupação de pensadores (Canotilho) que um dia inspiraram e apoiaram esse empreendimento. Nesse segundo capítulo, então, além de toda uma abordagem conceitual do tema “Constituição Dirigente”, há também o enfrentamento de alguns pontos polêmicos e atuais como o abandono do projeto pelas nações europeias que, hoje, por sua vez, vêm

³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 7.

aderindo a novas posturas de Estado e de constitucionalismo, além disso, há também um breve debate com os opositores da ideia de constitucionalismo político atuante e, por fim, mas não menos importante, ao contrário disso, de suma importância para os objetivos desta tese, há o delineamento das bases da Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, explicitamente apoiada por Bercovici e “batizada” por Streck que, inclusive, sugeriu a providencial sigla “TCDAPMT”.

A respeito dessa proposta é de suma importância registrar, desde já, que o principal objetivo desta tese é ofertar algumas contribuições para o reforço do projeto de construção de uma TCDAPMT. Nessa perspectiva, não se pretende ser a silhueta dos *arautos* do discurso de implantação dessa Teoria, dentre os quais destacam-se Streck - que em sua obra enfatiza a necessidade de atuação da jurisdição constitucional como protetora do Estado Democrático de Direito e como garantidora da efetivação das promessas da modernidade (tardia) – e Bercovici – que, por sua vez, defende a revisão da Teoria da Constituição Dirigente a partir de uma devida adequação a uma Teoria do Estado periférico.

Na verdade, a esses dois paradigmáticos enfoques (pilares), pretende-se adicionar mais uma sustentação à fundamentação da TCDAPMT que seria o devido resgate da discussão acerca do lugar do povo desde um viés político-filosófico, contextualizando-o sociologicamente na problemática que envolve a (difícil) afirmação da cidadania como identidade simbolicamente refletida a partir da Constituição de 1988 de forma extensiva a todos os indivíduos por ela referidos. Almeja-se, portanto, a contribuição em caráter de uma “teoria geral do constitucionalismo dirigente brasileiro”, ou seja, além da tentativa de não produzir um *bis in idem* em relação aos enfoques já desenvolvidos, adverte-se, por conseguinte, que a tese não tratará de questões específicas de algum grupo social, raça, gênero, etc., e sim da questão da subcidadania e a sua relação com/no direito.

Feitos esses esclarecimentos, em continuidade à abordagem da tese, num terceiro momento (capítulo 4), faz-se, então, uma problematização sobre a questão do povo, a sua colocação no discurso constitucional (Müller, Häberle e Moraes) e a sua contextualização dentro da noção de (sub)cidadania e com esta relaciona-se a atuação do Estado social no Brasil: a sua (in)atividade histórica como contributo para a sedimentação da desigualdade como fenômeno de massa.

No quinto e derradeiro capítulo, em continuidade à problematização exposta no transcurso da tese e, mais especificamente, como seguimento da discussão intensificada no capítulo anterior, relaciona-se a dificuldade de atuação do Estado social contemporâneo em face do globalismo neoliberal que, por sua vez, paradoxalmente, a partir da crise de setembro

de 2008 convoca como tábua de salvação o próprio Estado, cujo modelo social ele tratou de “atropelar”. E esse parece ser um dos maiores problemas enfrentados pelo constitucionalismo pós-88, qual seja, o distanciamento entre a sua proposta dirigente/transformadora e a realidade de aumento da pobreza e da miséria em escala global. Dito de outra forma, conforme se explicará neste texto, o “sucesso” do constitucionalismo *dirigente-finaceiro (com fins mercadológicos em escala global)* e a falácia do constitucionalismo *dirigente-social* no Brasil.

Assim, seguindo como fio condutor da pesquisa a esteira de pensadores preocupados com a teoria da inserção e do reconhecimento (Hegel), entende-se como necessária uma teoria que possa sintetizar diversas perspectivas - sociológica e hermenêutico-filosófica -, capaz de oferecer um modelo abrangente e original de compreensão da realidade social da periferia mundial, em especial da realidade social brasileira, como condição de possibilidade para que a implementação do projeto cultural de proteção dos direitos humanos se torne, pelo menos, plausível. Uma teoria crítica necessária no momento em que se torna claro que os conflitos sociais, mais do que a demanda por uma justa distribuição de bens materiais, colocam em pauta a luta pela dignidade humana, pela integridade física e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida.⁴

Nesse sentido, o projeto delineado pela CF/88, em especial pelos objetivos do Estado brasileiro, pode contribuir para a construção das etapas do *reconhecimento intersubjetivo*, consubstanciadas na adjudicação de direitos (2ª etapa) e orientação comum por valores (3ª etapa).⁵ Dito de outra forma e resumidamente, a *força normativa da Constituição* reuni condições de afirmação da cidadania no Brasil. Todavia, não se pode olvidar os ensinamentos de Hesse, que alerta que:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar a ordem⁶

A hipótese desta tese, que envolve o problema eficaz do texto constitucional brasileiro, no que tange ao alcance dos objetivos previstos no artigo 3º e à efetivação dos direitos fundamentais sociais, passa, fundamentalmente, pela necessidade de uma ética do

⁴ HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

⁵ Ibid., 155-224.

⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 19.

reconhecimento como uma dimensão “pré” e “ultrajurídica”. O dirigismo assumido pelo discurso transformador da realidade da Constituição de 1988, além da postura garantidora efetivadora da Jurisdição Constitucional, defendida por Streck, depende daquilo que Lucas Verdú chama de *sentimento constitucional*.

A problemática desta tese centra-se na crise do constitucionalismo no Brasil. Todavia, o enfoque desta crise não se direciona apenas à crise do direito – que, em linhas gerais, consiste na negação geral dos modelos teóricos criados sob a influência do positivismo jurídico, e suas vertentes, no século XX -, mas, principalmente, à crise da cidadania no Brasil.

A ideia central desta tese, portanto, consiste na análise da *ética do reconhecimento* e do *sentimento constitucional* como possíveis remédios para o *sofrimento político* dos subcidadãos. Esses remédios, por um lado, apresentam-se como pressupostos da afirmação da cidadania e da democracia constitucional e, por outro, buscam contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais. Finalmente, a proposta a ser desenvolvida a seguir visa a demonstrar que o vocabulário valorativo da Constituição apresenta-se como dimensão indispensável do reconhecimento intersubjetivo ao objetivar a retirada de indivíduos e grupos da invisibilidade, bem como ao fomentar o sentimento de *ter constituição e estar em constituição*.

2 MATRIZES DA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO E DA REDISTRIBUIÇÃO: BASES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA NA MODERNIDADE BRASILEIRA

Houve uma época, é claro, em que nós cinco não conhecíamos um ao outro... Ainda não conhecemos um ao outro, mas aquilo que é possível e tolerável para nós cinco possivelmente não será tolerado por um sexto. Em todo caso, somos cinco e não queremos ser seis... Longas explicações poderiam resultar que o aceitássemos em nosso círculo, de modo que preferimos não explicar e não aceitá-lo [...]. (Franz Kafka)

2.1 TRÊS MATRIZES TEÓRICAS DO RECONHECIMENTO (E DA REDISTRIBUIÇÃO) NA FILOSOFIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

Muito longe de se tentar esgotar a análise do vasto e profundo pensamento dos autores mencionados neste capítulo, na verdade, o estudo de suas teorias busca a construção de um “acordo semântico” sobre a questão da política do reconhecimento a fim de se extrair um vocabulário que possibilite uma leitura diferenciada acerca da modernidade periférica brasileira, numa ótica transdisciplinar que envolva o direito, a política, a filosofia e a sociologia.

Nesse sentido, em vez de se aprofundar os embates teóricos entre os autores – já realizados entre eles ou por meio de seus interlocutores¹ -, privilegiar-se-á a reunião dos pontos convergentes e complementares na abordagem de algumas obras de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. O compromisso da apresentação das matrizes teóricas, portanto, é com a tentativa de construção de um pano de fundo mínimo capaz de ofertar substratos para a discussão de um constitucionalismo (brasileiro) crítico.

¹ Com destaque para o debate entre Honneth and Fraser: HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003; e para o debate com/sobre Taylor, com enfoque especial na questão do “multiculturalismo”, que não é o problema principal enfrentado na presente tese, mas que foi realizado nesta obra sob o pano de fundo teórico na política do reconhecimento vide: TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: _____. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Essa obra conta com textos de Appiah, Habermas, Rockefeller, Walzer e Wolf.

2.1.1 Charles Taylor: Identidade e Reconhecimento na Modernidade²

Na maior parte das sociedades contemporâneas, a fragmentação inerente ao multiculturalismo, caracterizadora de um pluralismo identitário, apresenta-se como uma questão marcante e pode ser percebida de diversas maneiras. “No ‘Novo Mundo’ – Canadá, Estados Unidos e América Latina, incluído o Brasil – o convívio com a diferença marcou o contato entre colonizadores e colonizados.” A fragmentação multicultural “pode ser ainda detectada em sociedades nas quais grupos nacionalistas reivindicam maior autonomia ou mesmo secessão em face dos seus Estados como chechenos, kurdos, bascos, católicos irlandeses ou kosovares.”³ Além dessas, também é possível diagnosticar outra forma de pluralidade em sociedades nas quais o deslocamento populacional alterou bruscamente o quadro demográfico cultural, como nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália e na Europa Ocidental. Em face disso, verifica-se em grande parte do mundo, não só discriminação, mas também genocídio e limpeza étnica.

Na modernidade, “a formação de identidades (...) como a nacional e de classe exigiu a abdicação de outras formas de identificação. Foi necessário despir-se das referências de gênero, raça, religião, orientação sexual”⁴, a fim de se incorporar identificações inclusivas, dentre as quais, a mais homogeneizante foi a *cidadania*.

Assim, no período moderno, com a propagação dos ideais burgueses de Estado e sociedade, a concepção de cidadania tira o homem da condição de súdito de um soberano

² O tema modernidade será enfrentado e devidamente contextualizado para os fins desta tese mais à frente. Por hora, vale destacar a distinta percepção do autor que resume as visões da modernidade sob dois enfoques: (a) um *cultural*, no qual é possível olhar a sociedade atual e aquela da Europa medieval e enxergar a diferença a partir das discrepâncias existentes entre esta e a China ou a Índia, ou seja, ver a diferença entre as civilizações cada uma com a sua cultura. O modo cultural da teoria da modernidade é aquele que caracteriza as transformações que aconteceram no ocidente, sobretudo acerca do crescimento de uma nova cultura; nessa perspectiva o “mundo atlântico contemporâneo” é visto como uma nova cultura. Ou (b) outro *acultural*, que procura visualizar o desenvolvimento, “a evolução”, principalmente do início do século passado até hoje. Um exemplo deste segundo enfoque seria aquela conceituação moderna sobre enriquecimento de razões, definidas de várias formas: como crescimento da consciência científica, ou o desenvolvimento de um panorama secular, ou com o aumento da racionalidade instrumental, etc. Assim, modernidade nessa teoria é entendida como questão de operação racional ou social, que é culturalmente neutra. É importante notar que a diferenciação que o autor faz não consiste numa compartimentalização dessas duas visões, ao contrário, Taylor admite que os enfoques podem imbricar-se mutuamente e a partir disso desenvolve seu raciocínio sobre “duas teorias da modernidade”. Cf. TAYLOR, Charles. Two theories of modernity. **International scope review** v. 3, issue 5, 2001, p. 1-9. Nesse texto, Taylor escreve sobre um falso universalismo na modernidade ocidental: trata-se de uma ressalva importante para o capítulo 5, que cuida das peculiaridades da modernidade brasileira. Ainda sobre a modernidade, em sua “ordem moral”, cf: TAYLOR, Charles. **Modern social imaginaries**. Durham: Duke University Press, 2004, cap. 1, p. 3-22.

³ MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/redistribuição: por uma nova teoria da justiça. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al (Orgs.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 118-119.

⁴ Ibid., p. 119.

absolutista, colocando-o na condição de indivíduo capaz de adquirir e exercer direitos no (perante o) Estado.⁵

O ideal de homogeneidade que, num primeiro momento, foi fundamental para a formação do Estado nacional e para a delimitação das classes, passa a ser atacado por um pensamento oposto, manifestado principalmente na segunda metade do século XX. “Exalta-se a heterogeneidade já que mesmo vigorosas forças de unificação como Estado-nação/classe não foram, e ainda não são, suficientes para anular a pluralidade de grupos sociais.”⁶

Dáí advém a preocupação, na filosofia e sociologia políticas, com a questão do multiculturalismo. E é justamente na reconstrução pessoal ou no resgate identitário que se concentra a obra de Charles Taylor sobre o multiculturalismo. Fundamentado em uma base edificada sobre os seus estudos acerca de uma (nova) antropologia filosófica⁷, Taylor aborda o multiculturalismo por meio da lente do *reconhecimento*, resgatando esta categoria teórica do legado de Hegel.

Assim, segundo o próprio autor, a tese defendida, em sua *Política do Reconhecimento*:

É de que nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, freqüentemente pelo reconhecimento *errôneo* por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, ou uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes desenvolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora.⁸

Na visão de Taylor, a identidade e o reconhecimento não foram devidamente problematizados na Modernidade. Por isso, com o fim das hierarquias sociais (pré modernas), tornou-se de suma importância definir em que medida e de que modo o reconhecimento faz parte da construção de identidades individuais e coletivas.

⁵ E com o desenvolvimento do direito constitucional há uma espécie de *circularidade* na fundamentação jurídica da cidadania, que passara a funcionar assim: “No Ocidente moderno a noção de cidadania cresceu dentro do contexto do liberalismo, que redimensionou a figura do Estado e com ela o perfil do cidadão. O contratualismo atribuía aos indivíduos, figurados em situação originária, o papel de criadores do Estado. Somente a partir da anuência dos cidadãos, referidos em posição fundante, se poderia aceitar a existência do governo. Mas, ao mesmo tempo, criava-se o direito constitucional moderno, com o qual se viria a ter a noção positivista da ordem jurídica; e com esta se complementou (ou se reverteu) o esquema: somente o ordenamento pode conferir aos indivíduos o título de cidadão.” SALDANHA, Nelson. Ethos político, direito e cidadania. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 392-393.

⁶ MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/redistribuição: por uma nova teoria da justiça. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al (Orgs.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 119.

⁷ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.

⁸ Id. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241.

Taylor chama a atenção para a ideia de que o reconhecimento se dá em duas esferas: 1) na intimidade, onde se constrói a identidade individual pela apreensão e por meio do desprezo de *outros significativos*; e 2) no âmbito social, no qual ocorre uma política de reconhecimento.⁹

Para fins desta tese – a contribuição da teoria política do reconhecimento para a construção de uma identidade cidadã no Brasil – é importante se destacar, ainda que em breves linhas, a forte influência de Hegel sobre a teoria tayloriana. Segundo Inwood:

Anerkennung [reconhecimento] envolve não simplesmente a identificação intelectual de uma coisa ou pessoa (embora pressuponha caracteristicamente tal reconhecimento intelectual), mas a atribuição a essa coisa ou pessoa de um valor positivo, assim como a expressão explícita dessa atribuição. Assim, em FE, IV. A, onde Hegel se ocupa da luta pelo reconhecimento, ele não está tratando do problema de ‘outras mentes’, do nosso direito epistemológico a ver outros como pessoas (e dos outros a nos ver como pessoa), mas do problema de como nos tornamos uma pessoa plenamente desenvolvida pela obtenção do reconhecimento de nosso status por parte dos outros.¹⁰

A argumentação de Hegel é construída numa dinâmica de mútuo reconhecimento que observa “um desenvolvimento espiral em que, a cada nova forma de reconhecimento social, o indivíduo aprende a conhecer e a realizar novas dimensões da própria identidade.” A partir disso, tem-se a perspectiva de que “(...) o sujeito deve ser visto como alguém que, precisamente mediante a aceitação por parte de outros sujeitos de suas capacidades e qualidades, se sente reconhecido e conseqüentemente em comunhão com estes.”¹¹

Isso torna possível a sua inclinação no sentido de também reconhecer o outro original e singularmente. Preserva-se, do pensamento hegeliano, “a certeza no papel essencial da noção de reconhecimento como fundamento da vida humana em sociedade, mas, ao mesmo tempo, reconstrói-se essa categoria de forma pessoal e original também na dimensão filosófica dos seus pressupostos de validade”¹², ao se propor a construção de, por um lado, (a) uma *nova*

⁹ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 248. MEYER, Emílio Peluso Neder. Reconhecimento: luta ou política? Notas sobre a busca por reconhecimento de minorias no Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 990, 18 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8124>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

¹⁰ INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 275. Ainda segundo o autor: “A inovação de Hegel está em considerar as relações interpessoais não como relações primordialmente morais e o reconhecimento recíproco como mais do que simples exigência de moralidade.” *Ibid.*, p. 276.

¹¹ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Ed UNB, 2000, p. 97. Desse constante (re)conhecimento do indivíduo num espiral pode-se estabelecer uma aproximação filosófica com o pensamento de Heidegger (vide nota mais à frente).

¹² MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006, p. 29. Além disso, é válido ressaltar que Hegel, em contraposição à concepção política do contrato social de Maquiavel e Hobbes, “defende que o contrato não

antropologia filosófica e, por outro lado, intimamente ligado ao empreendimento anterior, (b) a fundação das ciências humanas numa ontologia hermenêutica.

Para edificar uma nova *antropologia filosófica*¹³, Taylor procura apresentar características que são comuns aos seres humanos em qualquer tipo de ambiente¹⁴. Para tanto, o autor se vale da concepção da linguagem de Herder, cuja principal contribuição relaciona-se à sua concepção ‘holística’ da linguagem, incorporada inclusive por Humboldt em sua compreensão da *linguagem como rede*.¹⁵ Assim:

A linguagem se constrói dentro de um pano de fundo, na perspectiva de uma determinada forma de vida. Esse pano de fundo nunca é totalmente articulado pelos agentes, ao mesmo que os agentes não são completamente dominados por ele, já que ele também é remodelado pela linguagem.¹⁶

Muito além da transformação do entendimento dos pressupostos da linguagem, esta concepção permitiu uma nova percepção do sujeito, na medida em que se pôde estabelecer

encerra a luta de todos contra todos, ao contrário, o contrato, ao normatizar as práticas sociais, dá início a um processo incessante de luta por reconhecimento responsável, tanto pela individuação e autonomia dos indivíduos, quanto pela evolução da sociedade.” Ibid., p. 20.

¹³ “A estratégia de Taylor é vincular as ideias e visões de mundo destinadas a se tornarem dominantes no Ocidente à sua institucionalização. Ou seja, longe de fazer uma ‘história das ideias’, o que lhe interessa é perceber as condições que lhe permitem eficácia social.” SOUZA, Jessé. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In: _____. **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2006, p. 74.

¹⁴ Nessa questão específica, colhida de sua obra monumental (**As fontes do self**), a teoria de Taylor sofre críticas como, por exemplo, a formulada por Enrique Dussel (**Ética da Libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Traduzido por Ephraim F. Alves *et al.* Petrópolis (RJ): Vozes, 2000, p. 69) que, ao referir-se a ela aduz que “está escrita com maestria, com conhecimentos, com criadora maneira de obter novos resultados, mas é só uma exploração ‘intrafilosófica’ à qual falta uma história, uma economia e uma política. Esta limitação metodológica evitará que o autor chegue a resultados mais críticos. Parece que o capitalismo, o colonialismo, a contínua utilização da violência ou agressão militar não têm nenhuma importância.” Essa crítica de Dussel é completamente compreensível e aceitável desde que seja direcionada a qualquer tentativa, não só de Taylor, mas de qualquer outro filósofo que pretenda entender a identidade do sujeito moderno sem a devida contextualização de tempo em espaço. Por outro lado, fica a ressalva de que, se contextualizada, entende-se que a construção teórica de Taylor está sedimentada a partir de uma condição de ser-no-mundo de um filósofo-(político) canadense, preocupado com questões que afligem a sua sociedade e o seu Estado como os problemas relacionados ao choque cultural entre anglófonos e francófonos. Dessa faticidade, advêm as suas pesquisas materializada em obras tais como **Two Theories of Modernity** e, principalmente, **A Política do Reconhecimento**, referenciadas alhures. De qualquer forma, vale (e muito!), para o deslinde do problema apresentado nesta tese, a advertência de Moreira, baseada, na crítica de Dussel, de que “*uma história do sujeito moderno que não leve em conta o contexto periférico no qual surgiu é, no mínimo, incompleta e parcial.*” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil em uma Sociedade de Indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: livraria do Advogado; São Leopoldo (RS): Ed UNISINOS, n. 4, 2008, p. 254.

¹⁵ TAYLOR, Charles. A Importância de Herder. In: _____. **Argumentos Filosóficos**. Traduzido por Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, capítulo 5.

¹⁶ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 33. V., mais a frente, abordagem sobre a linguagem nos pensamentos de Heidegger e Gadamer.

uma ligação entre a linguagem (v. mais a frente a teoria de Gadamer) e um pano de fundo que é a comunidade.

Na verdade, ao retornar a Hegel, Taylor pretende construir uma compreensão sobre a natureza da *ação* ou, mais precisamente, a natureza da *ação humana* no espaço de convívio entre os grupos culturais. Assim, o empreendimento de Taylor é analisar hermeneuticamente as teorias e manifestações culturais que auxiliaram na construção da identidade moderna para diagnosticar as influências destas na estrutura das ações humanas, como configurações morais, que ocupam (e atuam no) espaço político. A ação consiste, então, no “movimento que expressa o que o agente procura em um quadro de distinções significativas.” Dessa forma, o agir está sempre imbuído “de uma forma de conhecimento que serve de orientação para a articulação das expressões que o agente deseja manifestar para terceiros. O que está em jogo, porém, nas expressões manifestadas pelo agente é a sua própria identidade”.¹⁷

O agir, segundo Taylor, passa necessariamente por duas formas de avaliação inerentes ao sujeito, cujos conceitos referem-se à *avaliação fraca* e *avaliação forte*. A primeira está diretamente relacionada à “tendência do utilitarismo que se preocupa em calcular quantitativamente as preferências sentimentais dos indivíduos, sem considerar o valor que há em tais sentimentos.” Já a segunda, “caracterizada como modo reflexivo dos desejos, no sentido de verificar a relação destes com o valor, procura esclarecer qualitativamente o que vem a ser os próprios desejos como expressões valorativas da identidade do sujeito humano”.¹⁸

Ao desenvolver essa teoria, o autor destaca que, em sua ação, o indivíduo não se motiva por meras opções quantitativas, “mas pela avaliação do desejo que permite ao agente decidir qual a direção tomar no ato de agir. A avaliação dos desejos significa a possibilidade de o agente perceber que o que está em jogo é a construção e a manutenção da sua própria identidade humana no ato de agir.”¹⁹ Daí a importância de um *vocabulário de valor*. Por isso:

Todo o modo pelo qual pensamos, refletimos, argumentamos e nos questionamos sobre a moralidade supõe que nossas reações morais têm esses dois lados: não são apenas sentimentos ‘vicerais’, mas também reconhecimentos implícitos de enunciados concernentes a seus objetos. As várias explicações ontológicas tentam articular esses enunciados. As tentações de negar isto, que advêm da epistemologia

¹⁷ ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004. p. 47-49.

¹⁸ Cf. TAYLOR, Charles. O que é agência humana? Traduzido por Roberto Torres e Fabrício Maciel. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007, p. 9-39. Vide também: ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento, p. 86 e 88.

¹⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 84.

moderna, são fortalecidas pela ampla aceitação de um modelo profundamente errôneo de raciocínio prático, baseado em uma extrapolação ilegítima a partir do raciocínio das ciências naturais.²⁰

Dessa maneira, “por meio da distinção das qualidades dos valores, a avaliação forte pode ser vista não como simples condição de articulação das preferências dos agentes, mas como articuladora da vida destes, conforme uma determinada concepção ontológica que venha a definir um tipo de identidade humana.”²¹ Em decorrência disso, Taylor defende a impossibilidade de qualquer escolha, por parte do homem, sem que este esteja de certa forma vinculado a uma determinada explicação ontológico-identitária. Eis os motivos, então, pelos quais os desejos – aproximando-se da doutrina de Honneth - não refletirem apenas uma instância unicamente subjetiva, mas pressupostamente, estarem vinculados a um determinada historicidade e tradição que consubstanciam um pano de fundo moral.

O fato de pertencer a uma nação, uma família, um partido, uma etnia, contribui, em certa medida, para a definição dos bens que devem ser buscados. “A identidade é definida a partir do horizonte em cujo âmbito posso determinar caso a caso o que é bom ou valioso.”²²

Assim, “a capacidade de se avaliar fortemente é essencial para a noção de sujeito humano, sem a qual nenhuma comunicação seria possível (outra qualidade universal). Parece residir nesta idéia o núcleo mesmo da concepção de antropologia filosófica tayloriana.”²³

Ao projetar a hipótese acerca da identidade individual, em **As fontes do self**, Taylor elabora a seguinte questão: “Quem sou eu?” E, na sequência, aduz que:

Minha identidade é definida pelos compromissos e identificação que proporcionam a estrutura ou o horizonte em cujo âmbito posso tentar determinar caso a caso o que é bom, ou valioso, ou o que se deveria fazer ou aquilo que endosso ou a que me oponho. Em outros termos, trata-se do horizonte dentro do qual sou capaz de tomar uma posição.²⁴

A identidade do ser humano depende, portanto, da sua adesão a um determinado complexo de bens, que não são (pré-)dados, mas hermeneuticamente construídos (desvelados) a partir de uma determinada faticidade e historicidade. “Só somos um *self* na medida em que

²⁰ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna, p. 20.

²¹ ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004. p. 93.

²² TAYLOR, op. cit., p. 44.

²³ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 45.

²⁴ TAYLOR, op. cit., p. 43-44.

nos movemos num certo espaço de indagações, em que buscamos e encontramos uma orientação para o bem”.²⁵

Ao negar qualquer possibilidade de neutralidade na ação, Taylor se aproxima de Heidegger, pois ambos trabalham o ponto de partida de que a ação humana já possui uma certa configuração de sentido sobre o *Ser*.²⁶ Em decorrência disso, as ações políticas e morais não podem ser vistas meramente por meio de uma racionalidade objetivada.

Na obra de Charles Taylor, a reconstrução desse pano de fundo ético que serve de guia para as nossas ações cotidianas se torna o centro mesmo de seu esforço teórico. A necessidade de reconstrução valorativa associada a essa empresa o leva a defender uma *concepção hermenêutica* de ciência. A necessidade inelutável da perspectiva hermenêutica para Charles Taylor é fruto de décadas de estudos metodológicos realizados especialmente na primeira fase de sua carreira, quando ele se interroga sobre a surpreendente eficácia dos discursos das ciências sociais em geral e da ciência política em particular (especialmente o ‘behaviorismo’ e as ‘rational choice theories’) que seguiam modelos explicativos das ciências naturais reduzindo a percepção humana à equação estímulo/reação. É este o ponto de partida de sua posterior preocupação com a questão da relação entre as identidades individual e coletiva e, portanto, com a questão do ‘self’ e da concepção de mundo moderna, possibilitando-o descobrir, nesse processo, o paradigma dominante, tanto na prática científica como na prática social, o qual ele chamaria de ‘naturalismo’.²⁷

O termo naturalismo, referido por Taylor, “(...) é a tendência moderna, operante tanto no senso comum da vida cotidiana quanto na forma de praticar filosofia ou ciência dominantes, de desvincular a ação e a experiência humana da moldura contextual que lhe

²⁵ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**, p. 52. “Taylor desenvolve a ideia de que só se compreende a ação dos atores a partir da consideração de um ponto de partida da primeira pessoa. Diferentemente de Weber, no entanto, e portanto afastando-se dos pressupostos da filosofia da consciência que marcam a metodologia weberiana, Taylor pretende encontrar a autocompreensão dos atores na topografia moral da época e cultura nas quais esses atores se inserem.” SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2000, p. 165.

²⁶ ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor: para uma ética do reconhecimento**, p. 100. Se o homem é um *ente* que se caracteriza pela compreensão do seu próprio *ser*, a busca pelo *ser* deve partir dessa compreensão, que ocorre no *mundo*. Ela antecipa a consciência humana e a sustenta. Assim, ir às coisas nelas mesmas significa considerar como ponto de partida o homem em sua faticidade. Surge, então, a análise do *ser-aí* (*Dasein*), em que o *Da* (*o aí*) é como as coisas que, ao aparecerem, chegam ao *ser*, não sendo desse modo uma “propriedade do *ser*, mas sim, o próprio *ser*”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do *ser*; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único *ente* que compreende o *ser*, que é o homem (*Dasein*), o *estar-aí*, que é o *ser-no-mundo*, que é *cuidado* (*Sorge*); *cuidado* é temporal. Assim, Heidegger vai afirmar que é no *Dasein* que se há de encontrar o horizonte para a compreensão e a possível interpretação do *ser*. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 70; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 171-2

²⁷ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**, p. 98-99.

confere realidade e compreensibilidade,²⁸ Esse termo faz, na esfera do pensamento, o que o utilitarismo faz no cotidiano dos sujeitos: tornar invisível a configuração moral que os guia. Dessa forma, considerando-se que a identidade humana compõe-se a partir de uma hierarquia valorativa, que possibilita uma definição sobre o que é relevante ou não para o indivíduo, o naturalismo seria justamente a negação, o *velamento* dessa hierarquia.

Como resposta ao predominante paradigma naturalista, nasce o que Taylor chama de *expressivismo*, que surge, na verdade, como um protesto, uma reação, “(...) sob a forma de um mal-estar provocado pela razão instrumental e atomismo gerado pela própria institucionalização do ideário de auto-responsabilidade.”²⁹

Trata-se de uma visão também individualista, todavia irreconciliável com a visão instrumental, pois a visão expressivista atribui uma nova dimensão da interioridade que representa “(...) de algum modo a transição de uma concepção de identidade individual como meio (para fins) para uma concepção finalística da mesma.” Assim, “(...) ao contrário da uniformização e da generalização de uma perspectiva instrumental em relação ao próprio eu, passa a ser a articulação da minha originalidade com os outros o que nos define como pessoas.”³⁰

Cabe, neste momento, a crítica de Heidegger à visão abstrata difundida sobre a *humanidade do homem*, pois:

Por mais que se distingam as espécies de humanismos (Grécia, Roma, Idade Média, Marx, Sartre, Cristianismo), segundo as suas metas e fundamentos, segundo a maneira e os meios de cada realização, segundo a forma da sua doutrina, todas elas coincidem com isto: que a *humanitas* do *homo humanus* é determinada a partir do ponto de vista de uma interpretação fixa da natureza, da história, do mundo, do fundamento do mundo, isto é, do ponto de vista do ente na sua totalidade. Todo humanismo se funda, ou numa Metafísica ou ele mesmo se postula como fundamento de tal Metafísica. Toda determinação da essência do homem que

²⁸ SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania:** Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica. Belo Horizonte: Ed UFMG / Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 23. Ao apresentar a versão/tradução espanhola da obra de Taylor, Thiebaut aduz que: “... la *mejor explicación* de nuestro comportamiento requiere que superemos los límites de ese naturalismo que intenta comprender lo humano con los mismos moldes del modelo científico de las ciencias naturales nascido en el siglo diecisiete. THIEBAUT, Carlos. Introducción: La Filosofía de Charles Taylor. In: TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad.** Traducción de Pablo C. Pérez. Barcelona: Paidós, 2002, p. 15-16.

²⁹ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva:** uma reinterpretação do dilema brasileiro, p. 110. “O expressivismo teve no romantismo e em toda a arte do século XIX e XX seu veículo privilegiado. A revolução nos costumes da década de 1960 teria sido um momento especialmente importante de sua eficácia social na medida em que seus princípios saem da vanguarda artística e logram tomar o senso comum de toda uma geração, com efeitos permanentes. Cada indivíduo é único e deve viver de acordo com a sua unicidade.” Ibid., p. 111.

³⁰ Ibid., p. 112.

pressupõe a interpretação do ente, sem a questão da verdade do ser, e o faz sabendo ou não sabendo, é Metafísica.³¹

Com essas palavras, Heidegger procura criticar não a ideia de humanismo em geral (“... a oposição ao humanismo não implica, de maneira alguma, a defesa do inumano...”³²), mas sim, a perspectiva metafísica (abstrata/universalista) da identidade do homem.

Em face dos aportes taylorianos expostos acima e considerando-se que o melhor sistema em uma comunidade política é sempre aquele que leva em consideração as circunstâncias particulares nas quais os cidadãos de um país vivem, retorna-se agora à íntima relação estabelecida entre identidade e reconhecimento, levando-se em conta um aspecto crucial da condição humana que a filosofia moderna tem suprimido: o caráter fundamentalmente dialógico da vida humana. *“Tornamo-nos agentes humanos plenos, capazes de nos compreender a nós mesmos e, por conseguinte, de definir nossa identidade, mediante a aquisição de ricas linguagens humanas de expressão.”*³³ Por conseqüência:

A importância da ação dialógica na vida humana mostra a profunda impropriedade do sujeito monológico das representações que emerge da tradição epistemológica. Não podemos compreender a vida humana simplesmente em termos de sujeitos individuais que criam representações por aí e respondem aos outros; e não podemos porque grande parte da ação humana só ocorre na medida em que o agente se compreende como parte integrante de um ‘nós’ e como tal se constitui a si mesmo.³⁴

³¹ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o Humanismo**. 5. ed. Traduzido por Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1998, p. 41.

³² Ibid., p. 74. A palavra humanismo “perdeu o sentido pela convicção de que a essência do humanismo é de caráter metafísico e isto significa, agora, que a metafísica não só não coloca a questão da verdade do ser, mas a obstrui, na medida em que a Metafísica persiste no esquecimento do ser.” Ibid, p. 69. Sobre a visão de Heidegger acerca da Metafísica, cabe o seguinte esclarecimento: “Como ‘ontologia’, a metafísica contrasta com ‘epistemologia’ (...), que Heidegger invariavelmente critica, e com a ciência, que estuda os entes, mas não o ser (ou o NADA). Ela é equivalente à ‘(boa) filosofia’, que o próprio Heidegger faz. Uma questão metafísica ou filosófica possui dois aspectos distintivos: 1. Ela se preocupa com o todo (...): não podemos considerar, por exemplo, a liberdade sem levantar toda a esfera de questões metafísicas. Ao contrário da ciência, a metafísica *ultra* passa qualquer ente particular ou domínio de entes alcançando os entes como um todo, o MUNDO e o próprio ser. 2. Aquele que questiona está envolvido a questão (...) ou a filosofia envolve ‘surpreendendo’ não simplesmente o homem em geral, mas aquele que questiona como um indivíduo, indo à sua raiz (...). Ela surpreende aquele que questiona porque, como todo Dasein, ele é um ente em meio aos entes e *implicitamente* transcende aos entes com um todo: ‘A metafísica é o acontecimento básico de Dasein’ (...)”. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Traduzido por Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 111. Sobre o projeto de desconstrução da *metafísica objetificante* do *Ser* que será fartamente aproveitado por Derrida em seu “Destrukction”, v. STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: Ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 11-23. Sobre o desconstrutivismo hermenêutico em Derrida, v. nota ao final do capítulo II, desta tese.

³³ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**, p. 246. (Grifou-se). Nessa passagem específica a tradução da editora portuguesa Piaget parece estar mais adequada ao adicionar “(...) linguagens humanas de expressão, ricas de significado”. Cf. TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: _____. **Multiculturalismo**, p. 52.

³⁴ Id. Seguir uma regra. In: _____. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 188.

De acordo com Taylor, a linguagem deve ser entendida em seu sentido lato, “abarcando não só as palavras que proferimos, mas também outros modos de expressão, através dos quais nos definimos, incluindo as ‘linguagens’ da arte, do gesto, do amor, e de outras do gênero”.³⁵ A linguagem só pode ser entendida numa concepção não instrumental.

A linguagem como condição de possibilidade para o reconhecimento dialógico da identidade humana aproxima-se da concepção gadameriana, para quem:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa o *mundo*. [...]

Não só mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem.³⁶

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. “O homem, porém, não é apenas um ser vivo, pois, ao lado de outras faculdades, também possui linguagem. Ao contrário, *a linguagem é a casa do ser*; nela morando, o homem ex-siste enquanto pertence à verdade do ser.”³⁷ A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, onde se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*.³⁸

No plano social, a compreensão de que as identidades se formam no diálogo aberto, não moldadas por um roteiro predefinido, tornou a política do reconhecimento igual mais central e de maior peso. [...] *O reconhecimento igual não é somente a modalidade apropriada a uma sociedade democrática saudável. Sua recusa pode, de acordo com uma disseminada visão moderna (...) infligir danos àqueles a quem é negado*.³⁹

A ausência dialógica do reconhecimento, portanto, pode contribuir para uma precária formação identitária dos sujeitos (excluídos) de determinada sociedade e, como se buscou

³⁵ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: _____. **Multiculturalismo**, p. 52. De acordo com Araújo: “O que interessa não é a apreensão das determinações subjetivas por meio de uma linguagem designativa em termos científicos.” ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento, p. 29. Quanto à concepção sobre a linguagem, há uma nítida aproximação entre Taylor e Heidegger: *Ibid.*, p. 30.

³⁶ ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento, p. 571-2.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o Humanismo**, p. 56. (Grifou-se)

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 612.

³⁹ TAYLOR, Charles. A Política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**, p. 249. (Grifou-se).

mostrar breve e pontualmente neste item, a teoria política de Charles Taylor faz-se realmente paradigmática na análise e reconstrução “neohegeliana” contemporânea da categoria do reconhecimento social do indivíduo.

Contudo, existem questões em aberto que possibilitam debates, com divergências e convergências, desta teoria com outras que, juntas, destacam-se como as principais referências teóricas sobre a política do reconhecimento contemporaneamente. Assim, após inaugurar a construção da base teórica da política do reconhecimento com Taylor, a seguir, aborda-se a contribuição de Nancy Fraser para este debate.

2.1.2 Nancy Fraser: Redistribuição ou Reconhecimento?

Na era denominada por Fraser de *pós-socialista*, há um processo - responsável por uma nova configuração da ordem mundial globalizada e multicultural - de transformação da sociedade marcada pela substituição gradativa das lutas por redistribuição pelas lutas por reconhecimento. Dito de outra forma, os conflitos de classe são substituídos, nas três últimas décadas, por conflitos de *status social* (termo utilizado pela autora para se referir a condição de reconhecido), advindos da dominação cultural.

Contudo, Fraser afirma que :

O que exige reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o status dos membros do grupo como parceiros plenos na interação social. O não-reconhecimento, conseqüentemente, não significa a depreciação e a deformação da identidade do grupo, mas sim, a *subordinação social* no sentido de ser impedido de *participar como um par* na vida social. Reparar a injustiça requer uma política de reconhecimento, por certo, mas isso não mais significa a política da identidade. No modelo de status, ao contrário, isso significa uma política que objetiva superar a subordinação ao estabelecer o grupo não-reconhecido como um membro efetivo da sociedade, capaz de participar no mesmo nível que os outros membros.⁴⁰

Segundo Fraser, os dois principais teóricos da questão do reconhecimento na atualidade – Taylor e Honneth – “interpretam o não-reconhecimento em termos da subjetividade prejudicada e da auto-identidade avariada. E ambos entendem o dano, em termos éticos, como de retardar o crescimento da capacidade do sujeito para alcançar uma vida boa. Para Taylor e Honneth, portanto, o reconhecimento é uma questão de ética.”⁴¹

⁴⁰ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 117.

⁴¹ Ibid., p. 120.

Diferentemente de ambos, a autora propõe conceber o reconhecimento como uma questão de justiça, conforme se depreende subsequentemente.⁴²

2.1.2.1 O Risco do Eclipse da Redistribuição pelo Reconhecimento

Preocupada com a possibilidade de um eclipse dos embates por *redistribuição* pelas lutas por *reconhecimento*, Nancy Fraser procura empreender um projeto de formulação de uma “(...) teoria que identifique e defenda apenas versões da política cultural da diferença que possa ser coerentemente combinada com a política social da igualdade”⁴³, pois a justiça está conectada hordienamente tanto ao reconhecimento quanto à redistribuição.

Com isso, a autora busca “conectar duas problemáticas políticas que são costumeiramente dissociadas, pois só por meio da reintegração do reconhecimento e da redistribuição pode-se chegar a um quadro adequado às demandas de nosso tempo.”⁴⁴

Todavia, a conexão entre tais formas de justiça não constitui tarefa fácil. Afinal, redistribuição e reconhecimento constituem paradigmas analiticamente distintos de justiça. O reconhecimento, em parâmetros gerais, é compreendido pela atenção ou valorização da diferença. Por sua vez, a redistribuição pretende abolir a desigualdade dos arranjos econômicos, opondo-se a qualquer diferenciação. Esta contradição cria o que Fraser denomina de dilema ‘redistribuição-reconhecimento’. O dilema proposto pode ser facilmente vislumbrado quando se tem em mente os remédios necessários para a implementação da justiça como reconhecimento e justiça como redistribuição. Tais remédios são em si contraditórios.⁴⁵

Antes de se abordar os chamados “remédios” necessários para a efetivação da justiça, é preciso que se parta do inverso e se compreenda as duas concepções de injustiça analiticamente distinguidas pela autora. Assim, como uma primeira forma, tem-se a “injustiça sócio-econômica”, encravada numa estrutura político-econômica da sociedade como, por

⁴² FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 120-122. O centro normativo da concepção de Fraser sobre a distribuição e o reconhecimento é a noção de *paridade da participação*. “De acordo com essa norma, a justiça exige acordos sociais que permitem que todos os membros (adultos) da sociedade interajam com os outros como pares.” Para que essa *paridade* seja possível, duas condições devem ser satisfeitas: (1) todos os membros da sociedade devem ter condições materiais mínimas que assegure a independência e a voz (direito à fala) dos participantes, essa pode ser considerada uma *condição objetiva*; (2) os padrões institucionalizados de valor cultural devem expressar igual respeito para com todos os participantes e, ao mesmo tempo, assegurar oportunidade igual para que todos alcancem estima social, essa seria uma *condição intersubjetiva*. Ibid., p. 126.

⁴³ Id. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje**: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed UNB, 2001, p. 246.

⁴⁴ FRASER, loc. cit.

⁴⁵ MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/Redistribuição: Por uma nova Teoria da Justiça. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; *et al* (Orgs.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, p. 127.

exemplo, a “exploração (ter os frutos do trabalho de uma pessoa apropriado para benefícios de outros)”; a exclusão ou “marginalização econômica (ser limitado a trabalho indesejável ou baixamente remunerado ou ter negado acesso a trabalho assalariado completamente)” e, por fim, a “privação” de um padrão material minimamente adequado de vida.⁴⁶ A injustiça econômica, por sua vez, é enraizada na divisão social do trabalho e na estrutura político econômica de uma sociedade. Resultados desse tipo de injustiça são, frequentemente, a exploração, a marginalização e a pobreza.⁴⁷

O perfil cultural e simbólico consiste num segundo tipo de injustiça. Neste caso a injustiça está atrelada a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. Aqui os exemplos são: a *dominação cultural*, o *não reconhecimento* e o *desrespeito*.⁴⁸ Este tipo de comportamento, produzido por processos intersubjetivos, implica um prejuízo da auto-estima de indivíduos e grupos.⁴⁹

A autora reconhece que *a distinção apresentada acima é analítica e que, na prática, ambas as formas de injustiça estão intimamente ligadas numa espécie de reforço dialético mútuo*. Deduz-se daí, “um ciclo vicioso de subordinação cultural e econômica”, sedimentado em “normas culturais enviesadas de forma injusta contra algumas” que “são institucionalizadas no Estado e na economia”, gerando “desvantagens econômicas” que “impedem participação igual na fabricação da cultura em esferas públicas no cotidiano”.⁵⁰

Não obstante a autora reconhecer a dificuldade de se separar as formas de injustiça, ela se mantém firme em sua distinção analítica e sugere, inclusive, também analiticamente, dois tipos de remédios para tais injustiças. A *solução* (“remédio”) para o mal (“injustiça”) econômico consiste na busca de alguma espécie de reestruturação político-econômica (redistribuição de renda; reorganização da divisão do trabalho; participação direta em tomadas de decisão política; ou mesmo a transformação das estruturas econômicas básicas), entendida genericamente como *redistribuição*.

⁴⁶ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**, p. 249. Como é sabido, esta temática vem sendo problematizada na modernidade por expoentes desde Marx, no século XIX, até Rawls e Dworkin, na segunda metade do século XX. Contudo, Fraser destaca explicitamente que, em sua teoria, não há o comprometimento com uma “abordagem teórica específica”, pois é necessário apenas “um entendimento geral e grosseiro de injustiça socioeconômica informado por um comprometimento com o igualitarismo.”

⁴⁷ SOUZA, Jessé. **A Modernização Seletiva: Uma reinterpretação do dilema brasileiro**, p. 122.

⁴⁸ FRASER, op. cit., p. 250. Sobre o comprometimento de sua abordagem com alguma teoria específica, Fraser faz a mesma observação então apresentada na nota anterior (acima). Sobre a natureza dessas injustiças culturais ou simbólicas, ela cita como maiores estudiosos do pensamento ocidental na atualidade Charles Taylor e Axel Honneth.

⁴⁹ SOUZA, op. cit.

⁵⁰ FRASER, op. cit., p. 251.

Já o recurso (“remédio”) que se pode utilizar para a injustiça cultural, em contrapartida, consiste em alguma forma de mudança cultural ou simbólica (reavaliação positiva de identidades desrespeitadas e dos produtos culturais de grupos marginalizados; reconhecimento e valorização positiva da diversidade cultural; ou, de maneira mais radical, transformar de forma geral os “padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, a fim de alterar todas as percepções de individualidade”.⁵¹ Estes remédios, embora diferentes entre si, são referidos pela autora pelo termo genérico *reconhecimento*.

2.1.2.2 Redistribuição e Reconhecimento: o Problema das Comunidades Ambivalentes

Realizados estes breves esclarecimentos sobre as formas de injustiças sociais e seus remédios, retorna-se ao dilema – redistribuição/reconhecimento - mencionado alhures e que pode ser sintetizado da seguinte maneira: “remédios redistributivos para injustiças político-econômicas sempre diferenciam grupos sociais” e, de forma similar, “remédios de reconhecimento para injustiças culturais-valorativas aumentam a diferenciação entre grupos sociais.”⁵²

O dilema é patente em grupos que não integram “a classe trabalhadora Marxiana” - que, por sua vez, representa o extremo da necessidade por redistribuição - e nem tampouco algum segmento menosprezado devido à sua opção sexual (*gays, lésbicas...*), como um outro extremo, o do reconhecimento.

Porém, os assuntos tornam-se menos claros uma vez que nos distanciamos dos extremos. Quando consideramos coletividades localizadas no meio do espectro conceitual, encontramos modelos híbridos que combinam características da classe explorada com características da sexualidade menosprezada. Essas coletividades são ‘ambivalentes’. São diferenciadas como coletividades em virtude tanto da estrutura político-econômica como da cultural-valorativa. Então, quando oprimidas ou subordinadas, sofrem injustiças ligadas à economia política e à cultura simultaneamente.⁵³

Em síntese, “coletividades ambivalentes, podem sofrer injustiças socioeconômicas e não-reconhecimento cultural em formas nas quais nenhuma dessas injustiças é um efeito

⁵¹ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**, p. 252.

⁵² *Ibid.*, p. 265.

⁵³ *Ibid.*, p. 259. (Grifou-se)

indireto da outra, mas em que ambas são primárias e originais”⁵⁴, o que faz com que os remédios, se aplicados isoladamente, não funcionem.

Coletividades ambivalentes são, portanto, as primordiais fontes do dilema, no qual destacam-se, como exemplos privilegiados, raça e gênero que clamam por redistribuição e reconhecimento.

Em relação ao gênero, enquanto a redistribuição exige a abolição de sua especificidade, ao mesmo tempo “a justiça como reconhecimento contempla remédios específicos que superem o sexismo por meio da reavaliação do gênero historicamente menosprezado. (...) Por sua vez, a ‘questão racial’ também trata de uma coletividade que se encontra, ao mesmo tempo, diante da má-distribuição e não-reconhecimento.”⁵⁵

Em suma:

‘Raça’, como gênero, é um modo ambivalente de coletividade. Por um lado, assemelha-se a classe como sendo um princípio estruturante da economia política. Neste aspecto, ‘raça’ estrutura a divisão capitalista do trabalho. Estrutura a divisão dentro do trabalho assalariado entre ocupações mal pagas, sujas, domésticas, desproporcionalmente ocupadas por pessoas de cor, e ocupações técnicas, administrativas, *white color*, de maior *status* e melhor pagas desproporcionalmente dominadas por ‘brancos’. A divisão atual de trabalho assalariado é parte do legado histórico do colonialismo e escravidão, que elaboraram categorizações raciais para justificar as formas brutais de apropriação e exploração, efetivamente estabelecendo os ‘negros’ como uma casta político-econômica.⁵⁶

O enfoque na questão do entroncamento entre redistribuição e reconhecimento deve ser colocado em destaque em sociedades como a brasileira, onde questões como raça, a negra, especialmente, acham-se precisamente no meio termo entre a redistribuição e o reconhecimento.

Diante do quadro depreciativo de grupos sociais e da necessidade concomitante de redistribuição e reconhecimento, quais são então os remédios propostos pela autora? No texto mais citado até o presente momento (**Da Redistribuição ao Reconhecimento**), Fraser, em atenção especial aos dilemas ligados à raça e ao gênero propõe uma revisão de sua abordagem, estabelecendo comparações entre propostas/ações (“remédios”) *afirmativas* e *transformadoras*.

⁵⁴ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**, p.259.

⁵⁵ MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/Redistribuição: Por uma nova Teoria da Justiça. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al (Orgs.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**, p. 128.

⁵⁶ FRASER, op. cit., p. 262.

Há diferenças fundamentais entre os *tipos de remédios* elencados acima, que podem ser assim discriminados: os remédios (a) *afirmativos*, em relação à (a1) redistribuição, relacionam-se com o Estado de “Bem-Estar liberal, centrado em realocações superficiais de parcelas distributivas existentes entre grupos,” tendendo “a fortalecer diferenciação entre grupos”, podendo “gerar reveses de falta de reconhecimento”; e, em relação ao (a2) reconhecimento, foca-se o ‘projeto dominante de culturalismo’, predominando “relações superficiais de respeito entre os grupos, que tende a reforçar a diferenciação entre os grupos”.⁵⁷

Por sua vez, os remédios (b) *transformadores*, acerca da (b1) redistribuição, centram-se no projeto socialista buscando a revisão profunda das estruturas das relações de produção, com tendência à falta de diferenciação entre os grupos; já em relação ao (b2) reconhecimento, promovem uma desconstrução, visando, em seguida, “à reestruturação profunda das relações de reconhecimento, que tende a desestabilizar as relações entre os grupos”.⁵⁸

O grande desafio se encontra justamente a partir da construção de coalizões dentre os diferentes remédios em determinados contextos sociais. No caso de toda a análise da autora, em seu *locus* de observação, bem como nas fontes consultadas privilegiam um modelo de nação dita “central”, cujos problemas sociais, apesar de, em alguns casos até se assemelharem aos vividos pelas nações periféricas, como a brasileira, não têm o mesmo nível de gravidade (precariedade).

Por fim, deve-se notar que, com essas ideias, Fraser estabelece um caloroso debate com Honneth materializado numa obra, mencionada no início deste capítulo, que reúne textos que tratam basicamente da discussão entre distribuição e reconhecimento.⁵⁹ Neste debate, a principal diferença entre as posturas assumidas pelos autores consiste em que: “Fraser acredita que Honneth tenha subsumido as lutas por distribuição de renda ao reconhecimento” e, afastando-se um pouco da ideia dele, “ela propõe, como visto, uma perspectiva dualista de análise dos conflitos sociais com o objetivo de pensar um conceito de justiça social que agregue essas duas dimensões, possibilitando, assim, uma teorização da cultura no capitalismo contemporâneo.”⁶⁰ Por sua vez, Honneth defende a tese de que todos os tipos de conflitos sociais advêm da luta por reconhecimento, conforme se depreende no próximo item.

⁵⁷ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**, p. 272-273.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 271-273.

⁵⁹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A Political-Philosophical Exchange**.

⁶⁰ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**, p. 148. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**.

2.1.3 Axel Honneth e a Luta por Reconhecimento

Nos moldes da teoria de Honneth, pode-se explicar as demandas por justiça distributiva⁶¹ com a ajuda de categorias normativas que emergem da teoria do reconhecimento. Como já dito anteriormente, para analisar os diversos conflitos sociais contemporâneos, o autor advoga, com aporte na teoria do reconhecimento de Hegel, a tese de que a luta por reconhecimento está na base de todos esses conflitos sociais.

Honneth não concorda com a separação feita por Fraser (“Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser”⁶²) entre demandas por reconhecimento e demandas por redistribuição para que se possa entender a conexão entre cultura e economia no capitalismo. Essa dicotomia entre as lutas suprime ou negligencia as lutas por reconhecimento presentes em todos os conflitos por igualdade legal. Para que seja possível o entendimento da especificidade do capitalismo contemporâneo, bem como da inter-relação entre as injustiças culturais e as econômicas, é fundamental uma análise da gramática moral que está por trás de todos os conflitos sociais.⁶³

Para construir a sua abordagem crítica do reconhecimento, Honneth vai buscar nos primeiros trabalhos de Hegel, denominados *trabalhos da juventude de Jena*, alguns *insights* que não foram tão desenvolvidos nem mesmo pelo próprio Hegel que :

Defende naquela época a convicção de que resulta de uma luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de sua identidade uma pressão intra-social para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade; trata-se da pretensão dos indivíduos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade, inerente à vida social desde o começo na qualidade de uma tensão moral que volta a impelir para além da respectiva medida institucionalizada de progresso social e, desse modo, conduz pouco a pouco a um estado de liberdade comunicativamente vivida pelo caminho negativo de um conflito a se repetir de maneira gradativa.⁶⁴

Como Hegel desenvolvera a questão do reconhecimento de forma abstrata e metafísica, para edificar uma sociologia do reconhecimento, Honneth recorre a Herbert Mead

⁶¹ Não é o intento do trabalho aprofundar a discussão sobre as formas de justiça que remonta desde a antiguidade grega com autores como Aristóteles, passando pelo medievo, com Tomás de Aquino até a modernidade, com autores como Rawls. Conforme avisado pela própria Fraser, em nota alhures, a ideia de justiça, trabalhada por ela, contenta-se com os contornos sociológicos, o que, ao menos nos moldes desta tese, é o suficiente.

⁶² Título do capítulo 2 constante de: HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribution or Recognition?** A Political-Philosophical Exchange, p. 110-197.

⁶³ HONNETH; FRASER, loc. cit. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** A gramática moral dos conflitos sociais, capítulo III, item 8. MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento:** As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 154.

⁶⁴ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**, p. 29-30.

e sua *psicologia social* envolvida no processo de reconhecimento recíproco que conduz a uma concepção intersubjetivista da autoconsciência humana. Para atingir o seu desiderato, explica Honneth, Mead conduz uma profunda pesquisa enfocando o desenvolvimento de uma criança e a sua absorção e compartilhamento de normas sociais.

Com a adoção de normas sociais que regulam as relações de cooperação da coletividade, o indivíduo em crescimento não aprende só quais obrigações ele tem de cumprir em relação aos membros da sociedade; ele adquire, além disso, um saber sobre os direitos que lhe pertencem, de modo que ele pode contar legitimamente com o respeito de algumas de suas exigências [...]⁶⁵

Assim, segundo a teoria de Mead, analisada por Honneth, um sujeito só possui condições de adquirir uma autoconsciência na medida em que “ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa”, pois “sem a experiência de um parceiro de interação que lhe reagisse, um indivíduo não estaria em condições de influir sobre si mesmo com base em manifestações autoperceptíveis, de modo que aprendesse a entender aí suas reações como produções da própria pessoa.”⁶⁶ Dito de outro modo, como Hegel, Mead afirma que a identidade vincula-se à experiência do reconhecimento intersubjetivo. “A consciência do ‘self’ em Mead é produto do fato de que o sujeito só se percebe como ator a partir da representação simbólica da perspectiva do outro.”⁶⁷

Em termos de desenvolvimento do auto-respeito existe no direito, para Mead, assim como disse Hegel, a exigência crescente pela ampliação da liberdade. Aparece uma cadeia de ideais normativos que aponta para o crescimento da autonomia pessoal, na medida em que os sujeitos só podem defender seus interesses antecipando uma coletividade que concebe maior espaço para as liberdades individuais. Há também

⁶⁵ HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 136-137. “Não é por acaso que Mead fala nessa passagem de ‘dignidade’, com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como um membro da sociedade; pois com a expressão está implicitamente associada a afirmação sistemática de que corresponde à experiência de reconhecimento um modo de auto-relação prática, no qual o indivíduo pode estar seguro do valor social da sua identidade. O conceito geral que Mead escolhe para caracterizar uma tal consciência do próprio valor é o de ‘auto-respeito’; ele refere-se à atitude positiva para consigo mesmo que um indivíduo pode adotar quando reconhecido pelos membros de sua coletividade como um determinado gênero de pessoa. Por sua vez, o grau de auto-respeito depende da medida em que são individualizadas as respectivas propriedades ou capacidades para as quais o sujeito encontra confirmação por parte de seus parceiros de integração; visto que ‘direitos’ são algo por meio do qual cada ser humano pode saber-se reconhecido em propriedades que todos os outros membros de sua coletividade partilham necessariamente com ele, eles representam para Mead uma base muito geral, embora sólida, para o auto-respeito (...)”. Ibid., p. 137-138.

⁶⁶ Ibid., p. 131.

⁶⁷ SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**, p. 176-177.

uma ampliação da comunidade, já que os valores particulares se universalizam e ultrapassam as dimensões da comunidade.⁶⁸

Muito importante para a construção do conceito de reconhecimento intersubjetivo, bem como para análises críticas subsequentes nesta tese, é a constatação feita por Honneth de que Mead associa dois processos muito distintos na ampliação da ideia de reconhecimento jurídico.

Por um lado, o conceito abrange nele o processo no qual todo membro de uma coletividade ganha em autonomia pessoal, estendendo os direitos que lhe cabem; a comunidade ‘amplia-se’, portanto, no sentido objetivo de que nela aumenta a dimensão do espaço para a liberdade individual. Por outro lado, o mesmo conceito refere-se, porém, àquele processo em que os direitos existentes numa determinada coletividade são transmitidos a um círculo cada vez maior de pessoas; nesse caso, circunscrito com o exemplo citado, a comunidade se ‘amplia’ no sentido social de que são incluídos nela um número crescente de sujeitos pela adjudicação de pretensões jurídicas.⁶⁹

O segundo processo descrito acima é traço fundamental constante da edificação da noção de cidadania que, por sua vez, desde o início da modernidade atrela-se, necessariamente, à dignidade do indivíduo na (perante a) sociedade, a partir das garantias previstas e respeitadas pelo Estado.

A intensificação do processo adjudicação de direitos e a conseqüente ampliação do rol de sujeitos inseridos socialmente estão relacionados à passagem da idéia de *honra estamental* para a noção de *dignidade humana*. A luta que a burguesia começou a travar, no limiar da modernidade, contra as concepções feudais e aristocráticas de honra não consistiu apenas na tentativa coletiva de estabelecer novos princípios axiológicos, mas também deu início a um confronto em torno do *status* desses princípios gerais.

No curso das transformações descritas, uma parte não desconsiderável do que os princípios de honra, escalonados segundo o estamento, asseguravam até então ao indivíduo em termos de estima social migra para a relação jurídica reformada, onde alcança validade universal com o conceito de ‘dignidade humana’: nos catálogos modernos de direitos fundamentais, é garantida a todos os homens, em igual medida, uma proteção jurídica de sua reputação social, embora continue obscuro até hoje que conseqüências jurídicas práticas estariam ligadas a isso.

O lugar que o conceito de honra havia ocupado antes no espaço público da sociedade passa então a ser preenchido pouco a pouco pelas categorias de ‘reputação’ ou de ‘prestígio’, com as quais se deve apreender a medida de estima

⁶⁸ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 89.

⁶⁹ HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 146.

que o indivíduo goza socialmente quanto a suas realizações e a suas capacidades individuais. No entanto, o novo padrão de organização que essa forma de reconhecimento assume dessa maneira só se refere agora àquela estreita camada do valor de uma pessoa que restou com os dois processos, o da universalização jurídica da ‘honra’ até tornar-se ‘dignidade’, por um lado, e o da privatização da ‘honra’ até tornar-se ‘integridade’ subjetivamente definida, por outro...⁷⁰

Honneth, portanto, quis acentuar, com aporte nas teorias de Hegel e de Mead sobre o reconhecimento, que “a luta por reconhecimento assegura as condições de liberdade interna e externa sob o critério universalizante”.⁷¹

2.1.3.1 As Etapas do Reconhecimento

Os padrões de reconhecimento intersubjetivo ocorrem em três etapas: (a) primeiramente, na esfera das relações primárias, a forma de reconhecimento relaciona-se ao amor e à amizade; (b) na segunda, na dimensão das relações jurídicas, o reconhecimento se identifica com direitos; e, por fim, (c) na comunidade valorativa, a maneira de reconhecimento é a solidariedade. A partir deste diagnóstico, “para cada uma dessas dimensões, há também uma ‘relação prática do indivíduo com o self’, relações essas que são definidas, respectivamente, como ‘autoconfiança básica’, ‘auto-respeito’ e ‘auto-estima’”.⁷²

Ao abordar a dimensão do amor, inspirado em Hegel, Honneth mostra a representação da “primeira etapa do reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes”, ou seja, justamente “na experiência recíproca da dedicação amorosa, dois sujeitos se sabem unidos no fato de serem dependentes, em seu estado carencial, do respectivo outro.”⁷³

Já o direito, como uma segunda etapa, permite a configuração do autorrespeito que introduz a dimensão da alteridade no âmbito das interações sociais, através de um processo de reconhecimento mútuo, que Mead chama de *outro generalizado*. “Direitos, neste sentido, não são mais do que expectativas que o indivíduo pode estar seguro de que o ‘outro generalizado’ irá atender.” Nessa perspectiva, apesar da ausência na teoria de Mead de “um equivalente para

⁷⁰ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**, p. 204-206.

⁷¹ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**, p. 96.

⁷² SILVA, Josué Pereira da. Cidadania e Reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2000, p. 125.

⁷³ HONNETH, op. cit, p. 160.

o que Hegel entende por ‘amor’ (relações afetivas), a noção de Direito, que produz no sujeito a sensação de sua própria dignidade, pode ser aprofundada a partir da idéia de ‘outro generalizado’.⁷⁴

O direito, portanto, constitui uma etapa fundamental do reconhecimento intersubjetivo, consubstanciando instância normativa de afirmação da visibilidade, na medida em que a adjudicação de direitos representa uma dimensão indispensável da cidadania.

A institucionalização dos direitos civis de liberdade inaugurou como que um processo de inovação permanente, o qual iria gerar no mínimo duas novas classes de direitos subjetivos, porque se mostrou repetidas vezes na seqüência histórica, sob a pressão de grupos desfavorecidos, que ainda não havia sido dada a todos os implicados a condição necessária para a participação igual num acordo racional: para poder agir como uma pessoa moralmente imputável, o indivíduo não precisa somente da proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo público de formação da vontade, da qual ele fez uso, porém, somente quando lhe compete ao mesmo tempo um certo nível de vida. (...) Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretantes, *um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.*⁷⁵

Finalmente, num terceiro estágio, a solidariedade está atrelada à autocompreensão cultural de uma dada sociedade que “determina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos”. Neste diapasão, “essa forma de reconhecimento recíproco está ligada também à pressuposição de um contexto de vida social cujos membros constituem uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns.” Contudo, adverte conclusivamente Honneth, “se a estima social é determinada por concepções de objetivos éticos que predominam numa sociedade, as formas que ela pode assumir são uma grandeza não menos variável historicamente do que as do reconhecimento jurídico.”⁷⁶

⁷⁴ SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**, p. 177.

⁷⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**, p. 192-3. (Grifou-se). Reforçando esta ideia, Saavedra aduz que “(...) reconhecer-se reciprocamente como pessoas jurídicas significa hoje muito mais do que no início do desenvolvimento do direito: a forma de reconhecimento do direito contempla não só as capacidades abstratas de orientação moral, mas também as capacidades concretas necessárias para uma existência digna, em outras palavras, a esfera do reconhecimento jurídico cria as condições que permitem ao sujeito desenvolver auto-respeito.” SAAVEDRA, Giovani Agostini. A Teoria Crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007, p. 105-106.

⁷⁶ HONNETH, op. cit., p. 200.

Ao se utilizar o termo “reconhecimento para estabelecer uma concepção da ordem moral da sociedade, então o ponto de partida tende a ser uma análise fenomenológica da injúria moral.”⁷⁷ Nessa abordagem negativista, Honneth utiliza critérios que diferenciam uma “injustiça”, uma “injúria moral” de um mero infortúnio nas diferentes dimensões de reconhecimento: amor, direito e solidariedade.

No direito, a *injúria moral* relaciona-se com a “negação de direitos e com a exclusão social, em que seres humanos padecem em sua dignidade por não terem concedidos de si os direitos morais e as responsabilidades de uma pessoa legal plena em sua própria comunidade”.⁷⁸

Toda a dinâmica da luta pelo reconhecimento, para Honneth parte da relação entre não-reconhecimento e posterior reconhecimento legal. Posto de outro modo: toda luta por reconhecimento dá-se por uma dialética do geral e do particular. Afinal, é sempre uma particularidade relativa, uma diferença que não gozava de proteção legal anteriormente, que passa a pretender tal *status*. Esses conflitos, no entanto, são percebidos num sentido completamente pré-político. É nesse sentido que Honneth, contra Fraser, imagina uma experiência de desrespeito como estando na base de todo o conflito social (como Taylor).⁷⁹

As regras distributivas não podem ser apenas derivadas “das relações de produção, mas devem sim ser vistas como a expressão institucional de um dispositivo sociocultural que determina qual grau de estima atividades específicas ocupam em um determinado momento.”⁸⁰

Assim:

Por causa do desemprego, *que não está mais meramente ligado aos ciclos econômicos*, mas é agora também estrutural, um número crescente de pessoas não têm a oportunidade de ganhar o tipo de reconhecimento por suas habilidades adquiridas que eu me refiro como estima social. Por causa disso, eles mal podem se considerar membros contribuintes de uma comunidade democrática organizada, já

⁷⁷ HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007, p. 85. “As lutas por distribuição representam uma luta por reconhecimento de acordos firmados intersubjetivamente e que possuem validade normativa. É o não-reconhecimento que está na base dos sentimentos de sofrimento, humilhação e privação.” MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 155.

⁷⁸ Ibid., p. 86.

⁷⁹ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**, p. 156.

⁸⁰ HONNETH, op. cit., p. 92.

que isso pressupõe a experiência de cooperação, ou seja, a contribuição socialmente reconhecida para a reprodução social.⁸¹

Nas palavras de Fraser, “tanto para Taylor quanto para Honneth, ser reconhecido por outro sujeito é uma condição necessária para alcançar a subjetividade plena e verdadeira.”⁸² Dito de outra forma, a negação do reconhecimento de alguém implica em privação de um pré-requisito básico para o seu desenvolvimento humano.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DE JESSÉ SOUZA COM A SUA PROPOSTA DE “DIFÍCIL CASAMENTO ENTRE *MORALIDADE E PODER*” NAS TEORIAS DE CHARLES TAYLOR E PIERRE BOURDIEU RESPECTIVAMENTE

Após reconhecer que Taylor e Bourdieu são em diversos aspectos diferentes e, até mesmo, inconciliáveis, Souza procura utilizar a força de suas teorias, numa perspectiva complementar, para elucidar a experiência da naturalização da desigualdade em sociedades periféricas como a brasileira.

Desta forma, como pontos semelhantes, pode-se citar o esforço de ambos “dirigido à crítica das concepções filosóficas ou sociológicas que abstraem indevidamente do comportamento radicalmente situado e contextual da ação.”⁸³

Para Taylor, segundo Souza, “essa empreitada assume a forma de uma tentativa de resignificar e articular o contexto não tematizado que, na realidade, guia e orienta toda a ação humana embora não tenhamos consciência dele na vida cotidiana.” Em sua empreitada teórica na qual busca atacar o que denomina *naturalismo*, Taylor se dirige “contra a ilusão do sentido (ou falta de sentido) imediato que implica na necessidade de reconstruir a prática não articulada, que comanda a nossa vida cotidiana, e articula a hierarquia de valores escondida e opaca que preside o nosso comportamento.” Por isso o autor se preocupa em “nomear e reconstruir as fontes da nossa noção de self.” Na linha de Taylor, em Bourdieu “o mesmo fato torna urgente uma desconstrução da grande ‘illusio’ social, ou seja, (...) uma reconstrução do

⁸¹ HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição?: a mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 93. (Grifou-se) Todavia, é válido registrar que a teoria da crise cíclica de Kondratieff parece estar em voga novamente como registrou Kile Crichton do *The New York Times* em artigo jornalístico publicado no Jornal *O Globo*. Do profeta de Lênin: ‘Eu avisei’: Teoria dos ciclos de depressão capitalista, do economista russo Kondratieff, volta a discussão. **O Globo**. 22 de fev. 2009, Economia (Internacional), p. B7.

⁸² FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**, p. 120. Para alcançar-se o “florescimento humano”, nas palavras da autora. Idem, ibidem.

⁸³ SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**, p. 65.

sentido imediato visto como produto de consolidações acríicas de situações de dominação e opressão.”⁸⁴

Para os dois autores, existe um processo de sublimação dos sentidos marcada pela distância em relação à nossa natureza animal e às nossas necessidades primárias, o qual é a pedra de toque de toda noção de superioridade moral ou beleza estética. Essa hierarquia é a base da configuração moral do Ocidente, para Taylor, do mesmo modo que, para Bourdieu, o habitus que se forma por oposição à classe trabalhadora é também um habitus da ordem e do autocontrole dos instintos, de modo a marcar a distância em relação ao ‘bárbaro’ pelo ascetismo eletivo (burguês) da regra auto-imposta.⁸⁵

Em suma, a escolha pela aproximação entre os dois autores, empreendida por Souza, tem o objetivo de “(...) desvelar o potencial constituidor e legitimador de 'distinções sociais', ou seja, diferenças sociais tornadas naturais e legítimas, sob o véu mascarador da pretensa igualdade e universalidade que habita a noção de dignidade”. A complementaridade se dá devido “a ênfase tayloriana na reconstrução do pano de fundo moral de nossas ações e a ênfase bourdiesiana na dimensão da luta por poder relativo de pessoas e grupos” que parece “compensar deficiências recíprocas dessas teorias conferindo uma força peculiar à sua articulação combinada.”⁸⁶

Dito de outra maneira, essa complementaridade das perspectivas dos dois autores pode ser justificada da seguinte maneira:

Se falta a Taylor uma teoria contemporânea da luta de classes, na medida em que ele fala do ponto de vista do intelectual norte-americano ou europeu do final do século XX, quando as sociedades centrais, supostamente pacificadas internamente dos conflitos de classe mais virulentos, estariam entrando em uma nova fase de rearticulação das suas lutas políticas, temos em Bourdieu uma sofisticada análise da forma singularmente opaca e refratada que a dominação ideológica, mascarando o seu caráter de classe, assume na modernidade tardia. Essa perspectiva de Bourdieu nos permite, acredito eu, ‘ir além de um conceito de reconhecimento que assume, pelo menos tendencialmente, como realidade efetiva a ideologia da igualdade’ prevalecente nas sociedades centrais do Ocidente.⁸⁷

Assim, se, por um lado Taylor, em sua teoria do reconhecimento, pode ser o responsável pela construção teórica do “(...) mecanismo generativo do ‘consenso normativo

⁸⁴ SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**, p. 65.

⁸⁵ Ibid., p. 88. A noção de “habitus” será melhor desenvolvida subsequentemente.

⁸⁶ Ibid., p. 66-67.

⁸⁷ Ibid., p. 86.

mínimo' compartilhado intersubjetivamente e que, na realidade, contextualiza e filtra as chances relativas ao monopólio legítimo na distribuição dos recursos escassos pelas diversas classes sociais em disputa em uma dada sociedade”, por seu turno, Bourdieu enfoca a “desconstrução sistemática da ideologia da igualdade que serve de base no consenso social e político das sociedades desenvolvidas do Ocidente.”⁸⁸

E é justamente a partir desse ponto que emerge a contribuição da sociologia política de Souza que, em suas pesquisas, preocupou-se em não apenas pressupor a existência de consensos culturais por trás da distribuição desigual de bens e recursos escassos, mas sim demonstrar qual é esse consenso, quais seus princípios e como eles manifestam-se na vida social a partir de signos, compondo, dessa maneira o que se pode chamar de *imaginário social*, no sentido tayloriano⁸⁹.

Há, sobretudo, a preocupação em estender de forma contextual as perspectivas apresentadas por Taylor e Bourdieu, buscando efetuar uma análise da construção da subcidadania na modernidade periférica brasileira. A abordagem assumida até aqui ganhará um sentido contextual no deslinde da tese nos próximos capítulos.

2.3 A DIMENSÃO DA TEORIA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO: DELIMITAÇÃO DO APORTE TEÓRICO FILOSÓFICO-POLÍTICO PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO (COMPROMETIDA COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA)

Após a análise de algumas categorias constantes das teorias destes três expoentes (Taylor, Fraser e Honneth) da *teoria do reconhecimento* contemporânea, juntamente com a contribuição de Souza - com o seu convite de “uma parcela” da teoria de Bourdieu-, o intento agora é delimitar a relação que se pode estabelecer entre elas, bem como as suas contribuições para os objetivos desta tese que se desenvolve a seguir a partir de argumentos que sirvam de

⁸⁸ “Para essas sociedades que hierarquizam implicitamente o tempo todo, mas possuem explícito ‘horror à hierarquia’ e que têm na igualdade seu valor máximo, essa desconstrução equivale a uma ‘ferida narcísica fundamental’. Isso porque a ideologia da ‘hierarquia legítima’, ou seja, aquela marcada pelo desempenho diferencial e meritocracia e, portanto, se reportando a ‘qualidades inatas dos indivíduos’, se revela como pré-constituída e pré-traçada por origem e herança familiar como em qualquer sociedade pré-moderna.” SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**, p.87.

⁸⁹ “By social imaginary, I mean something much broader and deeper than the intellectual schemes people may entertain when they think about social reality in a disengaged mode. I am thinking, rather, of the ways people imagine their social existence, how they fit together with others, how things go on between them and their fellows, the expectations that are normally met, and the deeper normative notions and images that underlie these expectations”. TAYLOR, Charles. **Modern Social Imaginaries**, p. 23.

reforço para a sedimentação de uma *Teoria da Constituição Adequada*, conforme se depreende nos capítulos subsequentes.

Conforme explicitado anteriormente, a abordagem teórica dos autores delimitados acima buscou privilegiar a fundamentação sobre a questão da necessidade do reconhecimento do indivíduo numa perspectiva intersubjetiva, a fim de se demonstrar a atualidade/necessidade da discussão que o cerca. Todavia a analítica exposta anteriormente, caso não seja devidamente contextualizada – relacionada a um determinado tipo de sociedade –, corre o risco de acabar caindo nas teias da abstração universalizante, desinteressante e, pior, talvez nada contributiva do ponto de vista acadêmico-científico.

Em suma, não houve (há) maiores pretensões de se construir alguma teoria inovadora, em termos sociológicos ou filosófico-políticos, para além do que fora delimitado pelas molduras das categorias teóricas desenvolvidas nos itens anteriores. Dito de outra forma, não há aqui a ambição de se criar uma outra matriz teórica a partir do diálogo entre esses autores. Por isso, enfatiza-se que o intuito deste item é sistematizar as ideias então apresentadas em torno de um arcabouço teórico que funcione como um pano de fundo para as abordagens que se depreenderão nos capítulos seguintes.

Nessa perspectiva, cumpre destacar que a ideia fundamental de política do reconhecimento utilizada aqui “brota” da junção das concepções de Charles Taylor e Axel Honneth, especificamente em relação ao resgate, que ambos empreenderam, do reconhecimento como categoria central da teoria política no quadro da modernidade tardia. Este resgate remete a uma intenção de recuperar a herança tradicional do “jovem” Hegel, de acordo com uma implementação não metafísica e aberta às pesquisas empíricas. Da ideia original de Hegel, “mantém-se, no entanto, sua intuição da necessidade de supor-se um contexto normativo pré-existente como dado primário e original para a prática social e política e, portanto, de uma concepção dialógica da formação da identidade social e cultural.”⁹⁰

Conforme visto alhures, Taylor chama a atenção para as duas esferas nas quais ocorrem o reconhecimento – na intimidade e no âmbito social. Da teoria hegeliana, o autor extrai a ideia de reconhecimento numa dinâmica em espiral na qual cada nova experiência de

⁹⁰ SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**, p. 162. “Hegel procura mostrar, ao contrário dos contratualistas, que é necessário supor a existência de alguma forma de aceitação recíproca e intersubjetiva elementar que cabe ao contrato reestabelecer de forma explícita e consciente. O contrato social, nesse sentido, deve ser pensado como realização reflexiva de direitos que já existiam em forma elementar. É esta pressuposição que permite a reinterpretação de uma luta de todos contra todos pela preservação física em luta por reconhecimento. Assim, a ameaça a propriedade alheia não é respondida pelo agredido com o sentimento de medo, mas com o sentimento da injustiça pelo fato de ter sido *ignorado e não reconhecido* pelo outro.” Ibid., p. 164-165.

reconhecimento social permitiria ao indivíduo reconhecer-se e realizar novas dimensões da própria identidade. Ao focar os “novos” conflitos sociais, busca-se a tentativa de construção de uma “nova antropologia filosófica”, ligada a uma (re)fundação das ciências humanas baseada numa ontologia hermenêutica, numa releitura da modernidade ocidental, bem como a ideia de singularidade do ser humano.

Taylor desenvolve a sua política do reconhecimento a partir destas bases com o intuito de se alcançar o melhor sistema de comunidade política possível capaz de valorizar as questões particulares nas quais os cidadãos de determinado país vivem. Daí a sua preocupação com a ação no plano político.

O problema do multiculturalismo e, mais especificamente, do (prejudicado) reconhecimento da comunidade francófona no Quebec, Canadá, consiste na temática privilegiada pela “nova antropologia filosófica” tayloriana, no plano da construção da teoria do reconhecimento político. Por isso, o recurso, neste primeiro capítulo, aos autores brasileiros que se preocuparam em direcionar o foco de tal construção teórica para a realidade periférica brasileira.

Além da contribuição da *teoria social no Brasil*, na perspectiva da pesquisadora dos Estados Unidos, Nancy Fraser, conforme visto, é necessário adicionar-se à discussão acerca do reconhecimento a preocupação com a questão da redistribuição, utilizando, inclusive exemplos de grupos sociais que podem sofrer de ambos os males (*comunidades ambivalentes*).

Fraser, com a construção da sua teoria social, intenta “deixar evidente que as injustiças de ‘status’ estão relacionadas com a estrutura moderna do capitalismo e não desapareceram com a mudança da sociedade tradicional para a sociedade moderna, apenas se modificam os padrões que fundam o ‘status’ social”⁹¹ que, por sua vez, foi apenas *modernizado* pela lógica do mercado e pelo crescimento da sociedade civil plural.

Em sua analítica, a autora chama a atenção para a dificuldade de se separar o reconhecimento da distribuição. Não obstante esta ressalva, no decorrer de seu texto, Fraser

⁹¹ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento:** As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 151. “A lógica do mercado propaga a ideia de não ser regulada por padrões de valores culturais, mas sim, governada por padrões de maximização dos ganhos pelos imperativos do auto-interesse. O mercado introduz uma quebra na ordem cultural tradicional. O que Fraser ressalta é que o mercado, no entanto, coexiste com uma ordem valorativa. Ele não destrói ou dissolve simplesmente as distinções de *status*, ao contrário, ele as instrumentaliza para servirem aos seus fins. O crescimento de uma sociedade civil plural permitiu uma ampliação enorme dos padrões culturais que regulamentam as diferentes arenas de ação social. Como resultado, tem-se a constituição de uma ordem eticamente plural na qual os padrões e horizontes de valores são bem mais contestados e estão abertos a mudanças. Há a diferenciação de amplas instituições não-mercadoológicas que adquirem algum tipo de autonomia e desenvolvem cada uma delas padrões de valores culturais que regulamentam o processo de interação.” Ibid., p. 151-152.

acaba limitando o reconhecimento como reconhecimento da diferença no sentido do princípio da autenticidade. Sobre este ponto, pertinentes são as palavras de Souza ao criticar tal redução verificada na obra de Fraser, na medida em que:

Ela não contempla a hipótese de que a desigualdade entre classes também esteja baseada em princípios que envolvem reconhecimento, ou melhor, no caso em pauta, não-reconhecimento. Ou seja, princípios que adquirem eficácia a partir de regras opacas e aparentemente impessoais, que de forma subpolítica e subliminar, condenam classes sociais inteiras ao não reconhecimento social e a baixa autoestima e, a partir disso, à legitimação de um acesso diferencial a bens e serviços escassos. Nesse sentido, a sua assunção de que também a desigualdade no acesso a bens e serviços é permeada culturalmente parece-me inócua, na medida em que esses padrões culturais não são explicitados e permanecem, de algum modo, como uma mera petição de princípios.⁹²

Honneth acredita que, para se afirmar que os conflitos contemporâneos são lutas por reconhecimento, é preciso investigar quais são as formas morais relevantes de privação e sofrimento e para fundamentar essa necessidade, ele relembra que, segundo Bourdieu,

Alguns problemas de miséria não são conhecidos publicamente como formas relevantes de conflito social. Portanto, para se obter uma perspectiva geral de formas típicas de sofrimento fundadas socialmente numa sociedade capitalista é fundamental ir além das problematizações feitas na esfera pública, incorporando as difusas expectativas e esperanças dos *cidadãos*.⁹³

[...]

Sendo assim, todas as lutas por distribuição representam uma luta por reconhecimento de acordos firmados intersubjetivamente e que possuem validade normativa. É o não-reconhecimento que está na base dos sentimentos de sofrimento, humilhação e privação.⁹⁴

Por isso Honneth não concorda com Fraser quando esta afirma a separação feita entre demandas por reconhecimento e demandas por redistribuição. Bastante preocupado com o reconhecimento pelo direito, nas etapas do reconhecimento, o autor afirma, como já exposto,

⁹² SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania:** Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica, p. 76.

⁹³ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento:** As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, p. 154. (Grifou-se). A autora completa aduzindo que segundo “Honneth, todas as demandas por justiça distributiva podem ser melhor explicadas com ajuda de categorias normativas que emergem da teoria do reconhecimento. Ao contrário de Fraser, ele defende que todos os conflitos sociais têm como base uma luta por reconhecimento. Honneth propõe a utilização de categorias explicativas da teoria do reconhecimento desenvolvida por ele, a partir da teoria do reconhecimento de Hegel, para analisar as demandas dos conflitos sociais contemporâneos.” MATTOS, loc. cit.

⁹⁴ Ibid., p. 155.

que esta dicotomia entre as lutas suprime ou negligencia as lutas por reconhecimento presentes em todos os conflitos por igualdade legal.

Em síntese, na tentativa de entendimento da especificidade do capitalismo contemporâneo, assim como das injustiças sociais, econômicas e culturais, Honneth demonstrou ser imprescindível a análise de uma “gramática moral” que está por trás dos conflitos sociais.⁹⁵ Nesse diapasão, no campo do direito, onde a pesquisa ora materializada nesta tese buscou focar, o Direito Constitucional em seu fundamento, em seu princípio basilar político-filosófico, especificamente a Teoria da Constituição, apresenta-se como um fértil terreno, como um exemplo privilegiado para a discussão sobre os conflitos sociais.

⁹⁵ Como Taylor, Honneth repudia as figuras da filosofia da consciência do “Hegel maduro”, deixando de lado o desenvolvimento das ideias metafísicas deste, e busca seguir um caminho embasado numa estratégia intersubjetiva e aberta às ciências empíricas (diálogo com Mead e Winnicott).

3 POR UMA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: DA PROPOSTA INICIAL À ADEQUAÇÃO ESPAÇO TEMPORAL

“El poder político derivado de la institución divina, la tradición inmemorial o el conocimiento superior no suscita hoy adhesión: la única fuente de legitimación válida es ya el consentimiento de los sometidos al poder.” (Dieter Grimm)

3.1 O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: PROLEGÔMENOS DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

A seguir, pretende-se introduzir o objeto principal deste capítulo que é o constitucionalismo dirigente brasileiro. Neste *iter*, longe de se buscar aprofundar aqui e agora o embate teórico entre ícones (Schmitt, Kelsen, Heller) do constitucionalismo europeu e mundial, o que se pretende é delimitar, nestas primeiras linhas, uma postura crítica e preocupada com o papel realista que a Constituição deve assumir na dinâmica do jogo político, numa perspectiva superadora do positivismo tradicional ainda presente no direito público brasileiro.¹

Consignada essa ressalva, como prolegômenos da abordagem do dirigismo constitucional, adentra-se brevemente no paradigmático debate que se desenvolveu no constitucionalismo continental europeu, na primeira metade do século XX, precisamente, nos

¹ Segundo Bercovici, com apoio em Karl Loewenstein, “a teoria da constituição deve se preocupar com a explicação realista do papel que a constituição joga ou deveria jogar na dinâmica política, contrapondo-se ao positivismo tradicional do direito público.” BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15. Cf. tb MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, tomo II, p. 21. Sobre a “cruzada hermenêutica (de cariz filosófico)” para o rompimento das amarras do positivismo objetificante tradicional do direito público, ainda presente no campo jurídico brasileiro, por todos, vide a obra de Lenio Luiz Streck, dentre as quais destacam-se as seguintes: **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito; Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; além, dentre vários, dos seguintes textos: A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, p. 223-262, 2006; Desconstruindo os Modelos de Juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Liv. do Advogado; São Leopoldo: Ed UNISINOS, 2008. Também com o discurso de uma necessária superação do positivismo predominante no direito público, em especial no Direito brasileiro pós-Constituição de 1988, seguindo matrizes teóricas diferentes da de Streck, v.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009; BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

estudos sobre a teoria constitucional alemã (destaque inicialmente para o debate entre Schmitt e Kelsen) acerca da concepção do *constitucionalismo democrático*. Tratavam-se, pois, de verdadeiras e autênticas concepções alternativas das constituições democráticas no século XX, na medida em que, para Schmitt, na construção de tal concepção era imprescindível a referência ao poder constituinte² e, por outro lado, para Kelsen a Constituição devia ser vista como democrática porque afastava toda “unidade” pré-constituída e porque permitia desenvolver o pluralismo com os partidos no parlamento e com o exercício da justiça constitucional.³ Nas palavras do primeiro, acerca do nascimento da paradigmática Constituição alemã:

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el Poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: ‘El pueblo alemán se ha dado esta Constitución’, y en el art. 1, 2: ‘El poder del Estado emana del pueblo.’ Estas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico-positivo de la Constitución de Weimar: el Poder constituyente del pueblo alemán como Nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política.⁴

Com essa ideia inicial, a fim de se explicitar um pouco melhor o antagonismo anunciado anteriormente, aduz-se, aproveitando-se a interpretação de Fioravanti, que, para Schmitt, a Constituição é vista como democrática porque foi “querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro.” A partir desse momento, “la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su ‘actuación’, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituídos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos.”⁵ Além disso, cumpre ressaltar que Schmitt, na obra **O Guardiã da Constituição**, enxergava na

² “La Constitución en sentido positivo surge mediante un ‘acto del poder constituyente’. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto ‘constituye’ la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior.” SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2006, p. 45-46.

³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug; *et al.* São Paulo Martins fontes, 2003, p. 237-298. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 159-160.

⁴ SCHMITT, Carl, *op. cit.*, p. 79.

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**, p. 159. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**, p. 45-47. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 30. Estas afirmações contidas neste estudo de Schmitt renderam um novo debate com Hans Kelsen que, por sua vez, publicou o texto “Quem deve ser o guardião da Constituição” contido na obra traduzida no Brasil sob o título **Jurisdição Constitucional** (p. 237-298), na qual este sai em defesa da Jurisdição Constitucional como legítima “guardiã da Constituição”, ao contrário da visão que vê na figura do Presidente do *Reich* o protagonista político capaz de monopolizar tal tarefa.

figura do chefe do Executivo – por influência de Constant⁶ -, à luz, por exemplo, do artigo 48 da Constituição de Weimar, o elemento capaz de representar a unidade essencial do povo alemão.⁷

De outra parte, Kelsen “rechaza el poder constituyente del pueblo soberano”, pois neste mesmo pensamento - de uma Constituição feita por um “poder” - está contido o perigo de que essa Constituição possa ter um dono, ou seja, “alguien que en nombre de ese ‘poder’, es decir, del mismo pueblo soberano, pueda pretender ocupar todo el espacio de la constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones.”⁸

Kelsen preocupou-se e se contrapôs ao ideal schmittiano de “unidade” em detrimento da pluralidade que afrontaria a normalidade constitucional, manifestado no enaltecimento do Poder Executivo em face da pluralidade do Parlamento e da Jurisdição Constitucional, este enquanto órgão guardião da Constituição.⁹ E a história comprovou que essas preocupações de Kelsen não foram devaneios teóricos...

Em face dessa breve exposição, tendo em vista que o aprofundamento sobre este debate não perfaz os objetivos principais desta tese, para uma prematura conclusão, deve-se então indagar: qual dentre essas concepções gerais sobre a constituição democrática prevaleceu na gênese e no desenvolvimento da segunda metade do século XX, especialmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial (Constituição francesa de 1946; a italiana de 1948; a alemã de 1949; a portuguesa de 1976; a espanhola de 1978)?

Como resposta, mesmo diante do pouco aqui apresentado é possível perceber que se pode aproveitar muito do que estes dois pensadores do constitucionalismo moderno elaboraram para fins de configuração do Constitucionalismo democrático do século XX na Europa e, a reboque, nos países periféricos que se desenvolveram em seu rastro. Assim:

Del filón de esas doctrinas de carácter más radical, reelaboradas por Carl Schmitt, han tomado la idea de que la constitución es democrática porque es querida por el poder constituyente del pueblo soberano, que marca de tal modo una fuerte discontinuidad con el anterior régimen político, como sucede de modo particular y de manera ejemplar en Italia en 1947. Del filón representado por Kelsen esas mismas

⁶ Muito antes de Schmitt, Constant lançava as bases para que o Chefe de Estado fosse considerado naturalmente o guardião da Constituição, consoante a teoria do poder neutro, destinado ao equilíbrio de todos os outros. CONSTANT, Benjamín. **Curso de Política Constitucional**. Traducción de Marcial Antonio López. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 14.

⁷ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Terceira Parte, p. 193-234.

⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001, p. 160.

⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, p. 290-298. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**, p. 87-88.

constituciones han tomado la gran idea del pluralismo social y político, según el cual *la constitución es democrática sobre todo porque no permite a nadie ocupar la totalidad del espacio de acción dentro del cual se mueven fuerzas al diálogo, al compromiso, al recíproco y pacífico reconocimiento.*

En pocas palabras, los regímenes políticos europeos de la segunda mitad del siglo XX intentaban ser, también bajo este perfil, ‘democracias constitucionales’, es decir, democracias dotadas de una identidad por estar dotadas de una constitución en la que se encuentran expresados los principios fundamentales que caracterizaban al mismo régimen político. La Legalidad que estas democracias expresan, que es la constitucional, ya no permite una subversión de la constitución en nombre del poder constituyente del pueblo soberano como en el modelo radical de ascendencia rousseauiana, pero tampoco una negociación incesante, sin fin y sin dirección determinada, entre las fuerzas sociales y políticas considerada legítima solo porque se desarrolla según las reglas parlamentarias del pluralismo social y político, como en el modelo kelseniano.¹⁰

Aproximando mais a noção de Constituição democrática dos dias atuais, o autor conclui afirmando que *a legalidade constitucional se “emancipa” do poder constituinte soberano, mas nem por isso renuncia a dotar a concreta via das democracias contemporâneas de significado e de grandes objetivos de fundo, pois essa legalidade se*

Opone al mito democrático revolucionario del poder constituyente los valores de la estabilidad, del equilibrio, con el límite con la finalidad de garantizar los mismos derechos de los ciudadanos, pero no por ello pierde del todo su carácter directivo fundamental para el futuro, y no por esto se reduce a mera obra de registro del resultado del libre desarrollo de la negociación entre las fuerzas políticas y entre los intereses sociales. *No por causalidad estas mismas constituciones democráticas, aunque de distinta manera y en distinta medida, asumen el principio de igualdad como central, no solo en clave de prohibición de la discriminación entre aquellos que las mismas constituciones consideran iguales sino también como indicador normativo de dirección para el futuro, para la promoción y la realización de condiciones de creciente igualdad entre los ciudadanos en el acceso a algunos bienes sociales tenidos como de primera magnitud, como el trabajo o la instrucción.*¹¹

O trecho citado acima, principalmente em sua segunda parte (grifada), relaciona-se diretamente com a questão da necessidade - principalmente por parte de países que sequer alcançaram as promessas da modernidade quanto à atuação do Estado Social e Democrático de Direito – de um constitucionalismo compromissário-dirigente, conforme será melhor explicado mais à frente, ainda neste capítulo.

Portanto, a brevíssima referência ao rico e extenso debate weimariano, apresentado anteriormente, serve aqui para introduzir uma percepção, um olhar hermenêutico, que se pode empreender sobre o constitucionalismo como o *locus* privilegiado de junção entre direito e

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días, p. 161-162. (Grifou-se)

¹¹ Ibid., p. 163. (Grifou-se)

política. Como afirma Lucas Verdú, “todo derecho, ‘cualquier norma’ o institución jurídica *es política*. El derecho implica poder, fuerza, es un instrumento coactivo de organización social.” E, por sua vez, a política “se identifica con el conjunto de actividades relativas a la fundamentación, organización e ejercicio del poder en una sociedad. Por tanto, derecho y política son dos magnitudes con evidentes puntos de contacto.”¹²

Neste sentido, Lassalle contribuiu enormemente ao “chamar a atenção para o fato de que as questões constitucionais são, também, questões políticas, questões de poder” e, por isso, não é possível “entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas”¹³, pois os ‘fatores reais do poder’, escreve Lassalle, “que atuam no seio de cada sociedade são ‘essa força ativa’ e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não ‘possam ser’, em substância, ‘a não ser tal como elas são’.”¹⁴

A Constituição é resultante e determinante da política¹⁵ porque

Al contrario que las formas preconstitucionales del poder político, que actuaban exclusivamente modificando el poder de forma concreta y particular, la constitución se construye para formular plenamente las condiciones de legitimación del poder y someter así la totalidad del poder público a sus regulaciones. Con ello no pretende una juridificación total de la política ni la eliminación de todos los poderes sociales; no obstante, exige que la obrigatoriedad colectiva se produzca únicamente por órganos y se requiera para decisiones que se muevan dentro del *marco constitucional*.¹⁶

Um marco muito bem delimitado/enunciado por regras e princípios constitucionais, que traduzem os anseios pela construção democrática de um Estado de Direito, está na

¹² LUCAS VERDÚ, Pablo; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. **Manual de Derecho Político: Introducción y Teoría del Estado**. Madrid: Tecnos, 1994, v. I, p. 19.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 131.

¹⁴ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5. ed. Traduzido por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 10-11.

¹⁵ Segundo Grimm, no prefácio à tradução brasileira de sua obra, “as constituições do Brasil e da Alemanha diferem consideravelmente entre si no tocante à época de sua gênese e a seus antecedentes, ao texto e ao estilo, à interpretação e à aplicação. Ainda mais que as constituições diferenciam os países, nos quais ambas vigoram e são empregadas. Contudo, comum a todos os Estados constitucionais é o fato de a constituição visar à vinculação da política e a política frequentemente perceber essas vinculações como perturbadoras. Destarte, provavelmente não será encontrado nenhum Estado constitucional, no qual a política não tente, ao menos ocasionalmente, ignorar as vinculações do direito constitucional ou instrumentalizar a Constituição para alcançar seus objetivos.” GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. XLI.

¹⁶ Id. El Futuro de la Constitución. In: _____. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Traducción de Raúl S. Burgos y José Luis M. De Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006, cap. 6, p. 202. (Grifou-se)

Constituição brasileira de 1988, especialmente em seu preâmbulo e nos princípios fundamentais, previstos nos quatro primeiros artigos da “Carta Cidadã”.

“Nunca”, advertem Bonavides e Andrade,

Uma lei magna no Brasil esteve tão perto de refletir as forças reais do poder, de que fazia menção Lassale, na segunda metade do século passado, quando este singular texto de 245 gordos artigos, escoltados por mais 70 outros, não menos volumosos, contendo disposições constitucionais transitórias. A produção constituinte foi tão caudalosa que o ato das disposições transitórias guarda a dimensão de uma Constituição, não sendo inferior em extensão as Cartas do Império e da Primeira República. Obra também, esta última, de uma Constituinte congressional.

Tal contigüidade do texto em relação ao País real é no caso brasileiro sua força e ao mesmo passo sua fraqueza. Força, pelas óbvias razões de não ser um devaneio, um sonho pragmático ou metafísico, de constituintes nefelibatas; mas algo fecundo no ventre da Nação em crise produzido pela sociedade e não pelo Estado, posto que por uma sociedade que o Estado mesmo – leia-se o próprio Governo – fez enfermar perigosamente.¹⁷

A teoria constitucional que se buscará discutir neste trabalho encontra assento na discussão sobre os fatores reais de poder, na realidade sóciopolítica, ou melhor, na leitura de uma determinada sociedade periférica¹⁸. De outra forma, não há como fundamentar a busca pela efetividade do texto constitucional seja pela atuação dos tribunais (*ativismo judicial*¹⁹), seja pela participação do povo numa *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*²⁰. A

¹⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9.ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 489.

¹⁸ Conceito devidamente enfrentado nos capítulos subsequentes.

¹⁹ Essa terminologia que remete à discussão sobre a interferência judicial no mundo político, mantém-se em voga no debate público e acadêmico. Por isso, apesar da abordagem sobre a atuação do Poder Judiciário não ser o objeto principal focado por esta tese, é importante deixar registrado, desde esse primeiro momento em que tal expressão aparece aqui no texto, que o *ativismo judicial* pode ser compreendido a partir de várias perspectivas: algumas positivas que mostram a necessidade de um juiz comprometido com os valores culturais e com os princípios jurídicos (a interpretação do juiz deve ser *constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica*, como mostra Ronald Dworkin em sua obra: **O Império do Direito**. Traduzido por Jéferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003); outras negativas, como a de Habermas, por exemplo, que entende que assim como o legislador não tem competência para julgar se os tribunais aplicam correta e justamente o direito, também não têm os juízes o direito de intervir na substância do processo legislativo, controlando abstratamente as suas normas. (cf. HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. 2. ed. Traduzido por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I, caps. IV, V e VI). Além disso, também de suma importância é a referência que se faz, desde já, à presença contingencial da judicialização da política, que não se apresenta de forma tão polêmica porque passa necessariamente pelo reagendamento, promovido pelo Estado Democrático e Social de Direito, das funções básicas dos três poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos e a guarda da Constituição (cf. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **Democracia e Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJB, 2002, p. 17-42), conforme se reforçará na argumentação exposta ao final deste capítulo.

²⁰ “A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido –

própria corrente doutrinária denominada (neo)constitucionalista²¹, que defende um direito pós-positivista, necessita desta boa construção teórica assentada numa coerente (e não necessariamente dependente) relação entre direito e política.

Em verdade, há uma transcendência da política em relação ao direito positivo por ela produzido. “Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração.”²²

Por isso, a Teoria da Constituição deve ser lida como uma Teoria Política na medida em que a Constituição serve de delimitação para a vida política. A partir dessa constatação, surge, inexoravelmente, uma tensão entre o Direito Constitucional e a política, diagnosticada por Grimm da seguinte forma:

As constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes.

No entanto, a vinculação legal e limitada da política também continua sendo precária em seu ‘status’. Isso se deve ao fato de que o direito constitucional se refere, ele próprio, à instância superior de imposição do cumprimento legal. Destinatário e garantia da regulamentação são aqui coincidentes. Conseqüentemente, o direito constitucional não tem mais uma própria instância de imposição, por trás de si, que pudesse proporcionar validade a uma política contrária a ele. Tribunais constitucionais podem minimizar esse problema, mas não o resolvem, pois tribunais constitucionais se limitam a examinar decisões políticas pelos parâmetros da

legitimação mediante procedimento constitucional.” (...) “Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta (von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft). Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Traduzido por Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 29, 12 e 13.

²¹ Segundo Carbonell: “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.” CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

²² GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**, p. 10.

Constituição. Mas não dispõem de possibilidades impositivas perante uma política que se recusa a aprender com a fiscalização pelo tribunal constitucional. Assim, eles dependem da disposição política em prestar obediência. Além disso, não se exclui a possibilidade de que um tribunal constitucional ultrapasse o limite legal imposto a ele e, sob o pretexto de aplicação constitucional, pratique ele mesmo realização política. A relação de tensão entre direito e política continua assim, a princípio, insuprimível.²³

Trata-se, então, da verificação do ponto nuclear da *crise* que envolve o Direito Constitucional e a política, envolvendo, num primeiro plano, a própria Teoria da Constituição.

Para superar a crise da Teoria da Constituição, sugere Bercovici²⁴, é necessária uma renovada Teoria do Estado, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a Constituição e o Estado. Enfim, é preciso que se assuma definitivamente, desde a formação do jurista, a importância da filosofia política no direito.²⁵

Nesse diapasão, dos autores consagrados no constitucionalismo moderno da primeira parte do século XX, Heller merece ser destacado por ter acreditado no Estado Democrático e no Direito baseados nas relações de poder (aproximação, neste ponto, com Lassalle), argumentando, em sua obra, que o “Derecho es una técnica de organización social que puede asumir una función al servicio de la transformación de la sociedad.”²⁶ Por seus ideais socializantes deve-se a Heller a consagração da fórmula *Estado de Direito Social* no período de Weimar. Além disso, este autor colocou em relevo a tensão entre a forma jurídica do Estado democrático social de Direito e os poderes econômicos reais que pressionam as decisões do poder público.

O específico da teoria de Heller, de acordo com Miranda,

Consiste, em primeiro lugar, na definição da Constituição como totalidade, baseada numa relação dialéctica entre ‘normalidade’ e ‘normatividade’ e, em segundo lugar, na procura da conexão entre a Constituição enquanto ser e a Constituição enquanto

²³ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**, p. 10-11; **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Traducción de Raúl S. Burgos y José Luis M. De Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006, p. 32-33.

²⁴ Com ressalvas às obras de Marcelo Neves e Lenio Streck, Bercovici afirma que *a Teoria da Constituição no Brasil, atualmente, talvez esteja “excessivamente preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade”, não conseguindo então “lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais, econômicos inerentes à nova ordem constitucional em um país periférico como o Brasil.”* BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____, et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**, p. 119. (Grifou-se)

²⁵ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. Filosofia “Política” no Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007, p. 111-123.

²⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis. Estudio Preliminar: La Teoría Político-Jurídica de Hermann Heller. In: HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción de José Luis M. Pérez. Granada (Espanha): Colmares, 2004, p. XI.

Constituição jurídica normativa (*superando, assim, as 'unilateralidades' de Kelsen e Schmitt*).²⁷

Além disso, o que chama a atenção no pensamento de Heller é a sua constante reação contra o positivismo jurídico, o que sugere, inexoravelmente, uma aproximação entre direito e política ou, mais especificamente, entre direito constitucional e filosofia política. Importante para fins do desenvolvimento desta tese é que Heller mantém uma concepção sociológico-jurídica do Estado e do Direito, tratando

De depurar en la doctrina iuspublicista alemana todo vestigio de positivismo formalista. Entiende Heller que la autonomia de lo político no supone aislacionismo del espacio de lo político respecto de los demás ambitos de la formación social. Tampoco comporta afirmar la pureza de la ciencia jurídica en cuanto pretendidamente independiente de la ciencia política y de la sociología. En su opinión la ciencia jurídica es una ciencia social y valorativa. Heller se inclina decididamente por el pluralismo metodológico en sus estudios sobre el Estado y el derecho. Tanto más cuando afirma que en la Teoría del Estado se ha de hablar de la realidad social constituye una unidad dialéctica de natureza y cultura. Para él el Estado queda inserto en la textura de las relaciones y condicionamientos resultantes de los factores naturales y culturales de la vida social.²⁸

Assim, o Estado se relaciona com a realidade social e surge como uma unidade de decisão e ação; uma unidade que atua na realidade social, com existência real, não como uma mera abstração ou ficção. É o Estado, segundo Heller, por conseguinte, um centro real e unitário de ação.²⁹

O Estado é uma forma organizada de vida, cuja Constituição se caracteriza não só pelo comportamento normado e juridicamente organizado dos seus membros, mas ainda pelo comportamento não normado, embora normalizado, deles. A normalidade tem que ser sempre reforçada e completada pela normatividade; a par da regra empírica de previsão, aparecerá a norma valorativa de juízo; e a normatividade não só se eleva consideravelmente a probabilidade de uma actuação conforme a Constituição como é ela que, em muitos casos, a torna possível.

²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II, p. 68. (Grifou-se)

²⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis. Estudio Preliminar: La Teoría Político-Jurídica de Hermann Heller. In: HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**, p. XVI.

²⁹ Heller critica Kelsen afirmando que: “Al decir que el Estado es una unidad real queremos significar que aquél, al igual que cualquier otra organización, es ante todo una conexión real de efectividad, por lo que el poder estatal se nos aparece no como una unidad meramente imaginada por nosotros, sino como una unidad que actúa de modo causal.(...) La unidad real del Estado no puede ser referida a la unidad de la ordenación que regula la conexión que quehaceres. Es natural que Kelsen y su escuela, que son quines sostienen esta tesis, lleguen a vaciar de toda realidad al Estado, al negar el poder del Estado como hecho y considerarlo sólo como ‘validez deontológica del derecho’.” HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción de José Luis M. Pérez. Granada (Espanha): Colmares, 2004, p. 273.

Só poderá criar-se uma continuidade constitucional e um ‘status’, se o criador da norma se achar também vinculado por certas decisões normativamente objectivas dos seus predecessores. (...) Uma Constituição precisa, para ser Constituição (ou seja, algo mais que uma relação fática e instável de domínio), de uma *justificação segundo princípios éticos de direito*.³⁰

Com efeito, Cittadino, chama a atenção para a preocupação da Constituinte brasileira que pretendeu, no movimento democratizante do Estado, da sociedade e do Direito em meados da década de 1980 no Brasil, dar essa “justificação” segundo princípios ético-jurídicos. Nas palavras da autora,

Uma parcela significativa dos constitucionalistas brasileiros – contrária à cultura jurídica positivista e privatista prevalecente e influenciada pelos trabalhos de vários representantes do constitucionalismo português e espanhol contemporâneo – participou ativamente do processo constituinte brasileiro nos anos 80, procurando contribuir com a elaboração de uma Constituição adequada à conformação de uma sociedade justa no País. (...) esses constitucionalistas não pretenderam apenas participar do processo de reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar, mas fundamentalmente procuraram, contra o positivismo e revelando o seu compromisso com os ideais do pensamento comunitário, dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta.³¹

A justificação da Constituição em princípios éticos estabelece uma limitação à atuação do poder do Estado que, por sua vez, deve atuar com base numa *ação objetiva*³² que “no puede ser atribuida ni a los súbditos exclusivamente ni a un gobernante, aunque sea el dictador más absoluto. Siempre deberá aquélla su nacimiento y su permanencia a la cooperación de ambos. El gobernante tiene poder ‘en el’ Estado pero nunca posee el poder ‘del’ Estado.”³³

Por outro lado, deve-se ressaltar que a noção de *ação objetiva* sugerida por Heller, na citação acima, torna-se extremamente prejudicada na medida em se constata que a Constituição Dirigente, apesar de manter as garantias próprias de um modelo de constitucionalismo presente num Estado liberal, torna-se extremamente complexa se se considerar que

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, p. 68-69. (Grifou-se)

³¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 3-4.

³² A ação objetiva do Estado é resultante de todas as forças que atuam dentro e fora, incluindo as dos oponentes. O núcleo de poder tem poder no Estado e não o poder do Estado. HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**, p. 276. (tradução livre).

³³ Ibid., p. 275.

Lo que no es admisible para la lógica liberal-estatalista es que la unidad política de un pueblo o de una nación, representada por el Estado soberano, no se conciba como una realidad objetiva e pacífica, sino que por el contrario se convierta en una realidad problemática que ya no puede ser presupuesta, que contrariamente aparece como el resultado de una acción dinámica inspirada por la constitución, como el fruto de una dirección conscientemente elegida por las fuerzas sociales y políticas. En realidad dentro de toda esta problemática está de nuevo la inquina del estatalismo liberal respecto al contractualismo, es decir, a la idea de que el 'Estado', que tradicionalmente representa el bien fundamental de la unidad política, 'no sea presupuesto de todo, sino más bien el resultado' de una acción consciente de los individuos, de las fuerzas sociales y políticas, como también de los mismos poderes públicos.³⁴

Este é, portanto, o desafio do constitucionalismo dirigente: a afirmação de um Estado Social num determinado tempo altamente dinâmico em espaços que se desenham cada vez mais flexíveis e globalizados. A seguir, tem-se, então o enfrentamento da tentativa de construção de tal teoria, bem como os apontamentos das dificuldades de sua afirmação.

3.2 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO CAPITALISMO TARDIO

O principal problema da Constituição, segundo Canotilho,

Reconduz-se à questão nuclear da teoria do Estado e da filosofia do direito: a 'legitimação-legitimidade' de uma ordem constitucional no duplo sentido de 'justificação-explicação de uma ordem de domínio' (estrutura de domínio) e de 'fundamentação última da ordem normativa'. O problema da legitimação não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um 'poder' ou 'domínio' sobre os homens e aceitação desse domínio por parte destes. O aprofundamento do primeiro sentido, isto é, a 'justificação' ou 'crítica' da 'legitimidade interna' do direito (e, portanto, também do direito constitucional) impor-se-á como uma necessidade jurídico-material quando se quer defender o 'direito' contra instrumentalizações arbitrárias e se tenta assegurar-se-lhe um 'apoio' ou 'fundamento específico', fonte da sua dignidade e garante das suas pretensões.³⁵

A partir dessa ótica, pode-se conceber o problema da Constituição dirigente

Como um problema de legitimação: a conformação social, a distribuição de bens e a direção do processo econômico deslocam a questão da legitimidade da ordem constitucional e da validade do direito constitucional para o campo da legitimação

³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: Apuntes de Historia de las Constituciones. 5. ed. Traducción de Manuel M. Ne ira. Madrid: Trotta, 2007, p. 129-130.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 15.

do 'capitalismo tardio', do 'reformismo' e do 'socialismo', vindo, assim, a entroncar nos debates sobre o Estado e a 'produção da sociedade'.³⁶

A Constituição Dirigente traz, em seu texto, um discurso emancipatório como se pode conferir na revolucionária Constituição portuguesa de 1976 que, em sua versão original, propunha a transição para o socialismo bem como na perspectiva reformista da Constituição espanhola de 1978 e na brasileira de 1988, “que, embora não proponham a transição para o socialismo, determinam um programa vasto de políticas públicas inclusivas e distributivas.”³⁷

Desse exposto, depreende-se que seja num viés revolucionário, seja a partir de uma proposta reformista, a “Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.”³⁸

Devido a isso, não se pode deixar de constatar que os problemas a serem enfrentados por uma Constituição não derivam apenas da limitação e competências normativas, “(...) mas também os de ‘fundamentação de ordem jurídica da comunidade’: a lei constitucional fornece a ‘medida’, a ‘direcção’ e os ‘processos’ de organização jurídica-comunitária.”³⁹

Uma organização jurídica e comunitária da sociedade baseada no auto-respeito introdutor da dimensão da alteridade no âmbito das relações inter-subjetivas (o Direito como segunda etapa ou dimensão do reconhecimento), como propôs Honneth.⁴⁰ Ou seja, como propôs Canotilho:

‘Construir’ normativamente a organização estadual, ‘racionalizar’ e ‘limitar’ poderes, ‘fundamentar’ juridicamente a organização da ‘res publica’ diz, porém, pouco, sobre a natureza da constituição como ‘ordem fundamental material’. Independentemente da função substantiva que resulta do ‘dar forma’ e ‘processo’ ao actuar estadual, a ‘constituição jurídica’ é também uma ‘constituição política’: a fixação de formas ou processos adquire sentido material quando relacionada com determinados fins. Não sendo nenhuma organização neutra quanto aos fins, também a organização constitucional só alcançará dignidade material quando superar definitivamente as ‘sequelas’ de descrédito do Estado de Direito Formal. ‘Ela deve ser uma ordem fundamental material’.⁴¹

³⁶ CANOTILHO, J. J. Go mes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 24. (Grifouse)

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição dirigente**. Disponível em: http://www.unesp.br/aci/debate/constituicao_bercovici.php. Acesso em: 1 nov. 2008.

³⁸ Id. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. et al. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional, p. 119.

³⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 151.

⁴⁰ Vide especificamente o capítulo 2, no qual se desenvolve as etapas do reconhecimento intersubjetivo em Axel Honneth.

⁴¹ CANOTILHO, op. cit., p. 151-152.

Como um projeto de nação, o constitucionalismo dirigente aparece direcionado para o futuro, para a transformação do *status quo*. Assim, a concepção do sentido normativo da Constituição apresenta-se “(...) prospectivamente orientado, abrindo via ao futuro, sem perfeccionisticamente tentar captar e fechar o processo histórico. Nesta perspectiva se afirma que a lei fundamental é ‘esboço de uma via’”, ou de uma vida digna, poder-se-ia acrescentar, “e algo de ‘desejado’ e não apenas um estatuto ‘confirmante ou garantidor do que existe’.”⁴² Todavia, alerta Canotilho, as dificuldades desta posição não podem ser olvidadas.

A inserção do ‘programático’ da lei fundamental, com o conseqüente desafio da dinâmica social e política, coloca a ‘norma básica’ perante os seus próprios limites funcionais: a referência necessária à realidade e a mediação ‘executiva’ ou ‘concretizadora’ tornam patente que a ‘vontade de constituição’ dos órgãos especialmente encarregados do ‘programa constitucional’ é, ao lado da ‘realidade constitucional, um elemento decisivamente condicionante da ‘motorização programático-constitucional’ e da própria ‘força normativa da constituição’.”⁴³

Longe de se buscar alimentar a defasada distinção entre conteúdo material e conteúdo formal da Constituição, cumpre salientar que a teoria da Constituição dirigente aproxima-se da perspectiva já apresentada por Lassalle, há mais de dois séculos, para quem a Constituição de um país reside nos fatores reais e efetivos de poder. Estabelecendo um liame com esta teoria, Bercovici aduz, fundamentado em Heller, em sua obra *Staatslehre*, que

Existe a Constituição real, que todo Estado possui a qualquer tempo, composta pelas relações reais de poder que se dão em um país. A Constituição juridicamente normada, todavia, também é expressão das relações de poder, não uma mera formação normativa de sentido, separada da realidade social. Para Heller, compete à *Teoria do Estado demonstrar como a Constituição real do Estado moderno tornou praticamente necessária uma constituição jurídica objetivada*. A Constituição jurídica objetivada, distinta da Constituição política total do Estado, é, na realidade, a normação do processo de renovação contínua da Constituição política total, por isso, ela é constantemente atualizada pelos homens.⁴⁴

E esta atualização ocorre por meio dos *princípios jurídicos*, entendidos por Heller como os *canais que possibilitam que a realidade social penetrem na normatividade estatal*. Nesse sentido, extremamente válidas são as palavras de Bercovici, amparadas na obra de

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, p. 152-153.

⁴³ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 286. HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**, p. 285-308.

Heller retrocitada, ao afirmar que, por caracterizar-se pela normatividade, a Constituição do Estado moderno

Deve enfrentar o problema de harmonizar a permanência das normas constitucionais com a mudança constante da realidade social. Os preceitos jurídico-constitucionais só podem ser concebidos, de modo pleno, partindo-se da totalidade da Constituição política. Segundo Heller, os preceitos constitucionais adquirem sentido quando relacionados com os princípios jurídicos, expressão da realidade social. A normalidade social se expressa, assim, em princípios jurídicos, permitindo a continuidade da norma com a mudança social: o texto constitucional permanece, mas seu sentido pode ser modificado.

Os princípios constitucionais fundamentais também têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado. A fórmula política individualiza o Estado, pois diz respeito ao tipo de Estado, regime político, valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado, etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Para Pablo Lucas Verdú, é a expressão ideológica da Constituição, fundada em valores, organizada normativa e institucionalmente sobre determinada estrutura sócio-econômica. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestos na Constituição.⁴⁵

Essa derradeira abordagem, neste momento, acerca dos princípios não pretende enfrentar a questão sob a (importantíssima) perspectiva da teoria do direito⁴⁶ (teoria das fontes, da norma e do ordenamento jurídicos), e sim, conforme restou bem nítido na citação acima, demonstrar a função de abertura jurídico política como um valioso expediente que se lança mão (vide artigo 3º da Constituição de 1988) para se alcançar fins, para se tentar construir hermeneuticamente o sentido do *bem comum* que se encontra principiologicamente aberto à realidade social (Heller).

Em suma,

Más allá de las características singulares de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial, cabe destacar que en este momento histórico se descubre en su conjunto 'la supremacía de la constitución, bien como

⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**, p. 286 e 293.

⁴⁶ Como o fizeram, para citar algumas obras, na doutrina estrangeira: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1-203; ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, capítulo III; e na nacional: STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed UNISINOS, 2006, p. 137-180; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, caps. IV e V; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-121.

máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales.⁴⁷

Mas afinal, o que seria, então, essa justiça social? Ou melhor, como essa justiça poderá ser perseguida/concretizada? A Teoria da Constituição pode ser um arcabouço teórico para a efetivação de tal intento? Para se enfrentar tais questões, contextualizadas na realidade (periférica) brasileira, é importante prosseguir com a abordagem da teoria de Canotilho e o que ainda se pode aproveitar dela para a construção de uma *Teoria da Constituição Constitucionalmente Adequada*.

3.2.1 A Construção (Adaptação) de J.J. Gomes Canotilho

Após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições assumem um viés mais político, ou seja, “englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado.” Há uma manifestação política “não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional.”⁴⁸

Assim, em sua obra paradigmática⁴⁹ acerca da ‘dirigierende Verfassung’ (Constituição dirigente), ao empregar este termo, em 1961, o autor Peter Lerche “estava acrescentando um novo domínio aos setores tradicionais existentes nas constituições”, pois, em sua opinião, todas as Constituições englobariam quatro partes: “as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio.” Contudo, as Constituições modernas se destacariam por conter diversas diretrizes “constitucionais que configurariam imposições permanentes para o legislador.”⁵⁰

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: Apuntes de Historia de las Constituciones, p. 128.

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. et al. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional, p. 103-104.

⁴⁹ Trata-se da obra: *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, abordada no texto “Ainda faz sentido a Constituição Dirigente?”, de Gilberto Bercovici. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 6, p. 149-162, 2008.

⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente?. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** p. 150.

Entre a pioneira visão de Lerche⁵¹ e a tese de Canotilho de 1982, há um ponto comum que consiste na desconfiança do legislador e, por isso, ambos desejam encontrar um meio de vincular, positiva ou negativamente, o legislador à constituição. Nas palavras do autor português, “uma teoria da constituição constitucionalmente adequada deve permitir alicerçar o esforço dogmático de precisão da idéia de vinculação do legislador através de normas programático-dirigentes.”⁵²

De outro lado, há uma diferenciação patente entre as teorias desses dois autores no que concerne à amplitude da pretensão (ao alcance da teoria) do autor português. “A proposta de Canotilho é bem mais ampla e profunda que a de Peter Lerche: seu objetivo é a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social.”⁵³ Trata-se de uma *proposta de legitimação material da constituição* pelas finalidades e atribuições contidas no próprio texto constitucional. Assim, o problema apresentado por Canotilho sobre a Constituição dirigente consiste num *problema de legitimação*, cujo principal objetivo é ofertar subsídios jurídicos e força para a mudança social, na medida em que esse modelo de constituição busca a racionalização da política, incorporando, ainda, uma esfera materialmente legitimadora, ao estabelecer ao fundamentar constitucionalmente a política.

Finalmente, a Constituição Dirigente pode ser entendida como o bloco de normas constitucionais no qual os fins e as tarefas do Estado são definidas, bem como são estabelecidas as suas diretivas e estatuídas as suas imposições.⁵⁴

⁵¹ “Quando Peter Lerche, nos começos da década de 60, publicou a sua notabilíssima ‘Habilitationsschrift – Übermass und Verfassungsrecht’ -, a ciência do direito constitucional despertou para um problema que, se não era novo, assumia naquela altura uma decidida centralidade dogmática. Tratava-se de saber se o poder legislativo poderia continuar a ser, num Estado de direito democrático-constitucional, um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, havia fundamentos jurídicos, teóricos e dogmáticos para alicerçar uma doutrina dos ‘limites da liberdade de conformação do legislador’ ou, até, de uma teoria da ‘discricionariedade legislativa’.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, p. xii.

⁵² Ibid., p. 158. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 168.

⁵³ BERCOVICI, Gilberto. *Ainda faz sentido a Constituição Dirigente?* **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 151; *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: BONAVIDES, Paulo et al. **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 224.

3.2.2 O Questionamento da Teoria da Constituição Dirigente: um Filho Enjeitado?

Ao prefaciar a segunda edição, em 2001, de sua tese (publicada originariamente em 1982), Canotilho escreve:

Na altura em que nossa tese de doutoramento apareceu nos escaparates, as idéias centrais das teorias da Constituição reconduziam-se, por um lado, à problematização da ‘socialidade’ constitucional, das normas-fim, das normas-tarefa e das normas programáticas e, por outro, à defesa da *juridicidade* estatal, das normas de garantia, das normas de defesa perante o poder. (...) Os acontecimentos políticos dos fins da década de 70 e da década de oitenta revelavam sinais contraditórios. Nalguns países, como Portugal e Brasil, a queda das ditaduras fornecia o pretexto constituinte para novos textos constitucionais marcadamente emancipatórios. A programaticidade congênita da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988 procurava substituir uma outra programaticidade – a programaticidade conservadora-corporativista da Constituição portuguesa de 1933 e a programaticidade da Constituição brasileira de 1946, vinda já do anterior texto de 1934.

Os textos constitucionais inseriam-se, pois, no movimento da modernidade projectante, optimisticamente crente na força transformadora das normas constitucionais.⁵⁵

Na sequência deste *segundo prefácio*, as palavras utilizadas no texto do autor causaram dúvidas e desconforto em diversos constitucionalistas brasileiros que vinham, desde a redemocratização do Estado brasileiro, exaltando a construção teórica do constitucionalismo dirigente inaugurado, em *terra brasilis*, pelo texto da Constituição de 1988. Esses sentimentos surgiram tendo em vista que o próprio Canotilho, *pai* de tal teoria, teria decretado a morte da Constituição Dirigente ao afirmar que este texto sofreria de “fragilidades epistémicas” consubstanciadas, em suma, na incapacidade regulatória do próprio direito na pós-modernidade e “no seu ‘autismo nacionalista’ e ‘patriótico’”.⁵⁶

Todavia, o próprio autor encarregou-se de esclarecer aos *neoconstitucionalistas* brasileiros⁵⁷ que, na verdade, “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. v-vi.

⁵⁶ Em relação ao primeiro tipo de fragilidade (incapacidade regulatória), o autor fundamenta a sua crítica na teoria sociológico-sistémica; sobre o segundo (autismo nacionalista e patriótico), constrói a sua visão pessimista sobre o constitucionalismo dirigente com base no pensamento de superação da noção de exclusividade do poder soberano nacional pelo regionalismo (europeização; mercosulização) e pela globalização. Ainda sobre esta segunda fragilidade aduz que: “Qualquer ‘patriotismo constitucional’ será considerado débil, pois com a recusa e rejeição, por parte dos Estados, a uma ‘soberania nacional’ e a um ‘poder soberano exclusivo’, também a magna carta de um país perde uma parte do seu simbolismo, da sua força normativa e do seu papel identificador. Ibid., p. x-xi.

⁵⁷ Sobre a doutrina contemporânea do *neoconstitucionalismo* em *terra brasilis*, por todos, v. a obra de Streck: “Nos quadros do Estado Democrático quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, parece já fazer parte da tradição (no sentido hermenêutico da palavra) a assertiva de que o direito é hoje um instrumento de

constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias⁵⁸. Assim, após as discussões entre juristas brasileiros e o próprio autor português no seminário intitulado “Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho”, perceberam-se que a morte apresentada pelo autor era *relativa*, pois tal teoria não teria falecido e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos.⁵⁹

Quais as possibilidades, então, a partir desta abertura de novos horizontes significativos? Primeiramente, é importante registrar que, realmente, as pesquisas de Canotilho, materializadas em suas publicações *recentes ou não*⁶⁰, vêm apontando para preocupações que ultrapassam a discussão concernente ao constitucionalismo dirigente. Em diversas questões, o autor contraria a possibilidade de concretização de um dirigismo constitucional contemporâneo, seja pela dificuldade de efetivação de seu conteúdo programático, seja pelos abalos decorrentes da revisão do poder soberano em face da regionalização internacional e da globalização⁶¹.

Por estes motivos, associados principalmente à inserção de Portugal na União Européia, o pesquisador/professor que mais influenciou o pensamento constitucional brasileiro na temática da Constituição Dirigente optou, já há algum tempo, por focar a sua

transformação da sociedade, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além de prever um imenso catálogo de direitos fundamentais sociais. Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: *a existência de uma Constituição com característica compromissária e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais.*” (grifou-se) STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (Ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 273.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. “Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de ‘abertura’ do direito constitucional ao ‘direito internacional’ e aos ‘direitos supranacionais’. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. xxix. Sobre a interpretação normativa da abertura material da Constituição e a sua integração com os tratados internacionais de direitos humanos v. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio à Segunda Edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁰ Há mais de 10 anos: CANOTILHO, J. J. Gomes. Revisar o Romper con la Constitución Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, nº 43, 1995. Mais recentemente, a coletânea de textos (alguns inéditos, outros reeditados com ou sem transformações) constante da obra: **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

⁶¹ Cf. CANOTILHO, sobretudo os diversos textos constantes da primeira parte (“O dirigismo constitucional e sua crise”) da obra **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.

produção acadêmico-científica na questão de um “Constitucionalismo Globalizado”, marcado, no caso português, pela “europeização” do Direito Constitucional.⁶²

Nesta perspectiva, a questão constitucional no contexto do *constitucionalismo global*, “quando comparada com a questão dos movimentos constitucionais dos sécs. XVIII, XIX e XX”⁶³, segundo Teubner, pode formular-se da seguinte maneira: “enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global.”⁶⁴

Na esteira da “globalização do direito constitucional”, Canotilho procura atualizar a sua obra valendo-se de influxos da teoria sistêmica, empreendendo assim uma (re)leitura da Constituição na *policontextualidade* (Teubner) pós-moderna.⁶⁵ Além disso, há a proposta de que a Constituição seja vista “como ‘lei regulatória’ por meio da qual a ‘good governance’ assume uma dimensão básica não apenas de ‘Estado administrativo’ mas de um verdadeiro Estado Constitucional.”⁶⁶

Dessa forma, segundo Canotilho, a *Good Governance* de um Estado Constitucional

Significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direcção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional. Em segundo lugar, a *good governance* acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a ‘boa governança’ recupera algumas dimensões do ‘New Public Management’ como mecanismo de articulação de parcerias público-

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1369-1377.

⁶³ Id. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 286.

⁶⁴ TEUBNER, 2004 apud, CANOTILHO, 2006, p. 286. “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, de Teubner, citado em: CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Cf. também TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory*. TEUBNER, Gunther; *et al.* **Transnational Governance and Constitutionalism** Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 3-28.

⁶⁵ Segundo Teubner, “a constituição política, que se desenvolveu na história dos Estados nacionais para o acoplamento entre a política e o direito, e que, ao mesmo tempo, pretendia normatizar a relação do direito com outros subsistemas, falta no contexto global. Em seu lugar forma-se aqui, naturalmente, por assim dizer, uma multiplicidade de constituições parciais – acoplamento do direito mundial e outros subsistemas globais – que se escaparam de uma normatização parecida com a constitucional e dominada pela política. Isso não é de se estranhar, porque o acoplamento estrutural com a política se dá na esfera global apenas pelas instituições pesadas e pouco eficientes do direito internacional público.” TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e policontextualidade**. Traduzido por Dorothee S. Rüdiger. Piracicaba (SP): Unimep, 2005, p. 109-110. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1452-1454; **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, p. 286-300.

⁶⁶ CANOTILHO, 2006, op. cit, p. 326.

privadas, mas sem a ênfase unilateral das dimensões económicas. Por último, a *good governance* insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade ('accountability') e da legitimação.⁶⁷

É importante ressaltar que Canotilho considera o diagnóstico de Teubner, todavia, sem seguir completamente o seu "radicalismo"⁶⁸ - ao contrário, critica-o em vários aspectos-, que vê na globalização, os processos dominantes de formação do direito serem transferidos de seus centros,

Politicamente institucionalizados no Estado nacional (legislativo e justiça), para a periferia do direito, para as fronteiras do direito com outros subsistemas globais. A tônica do novo direito global é ser um direito periférico, espontâneo e gerado pela sociedade. 'Private government, private regulation e private justice' tornam-se fontes centrais de direito, sendo fenômenos jurídicos originários que o Estado-nação só podia relegar com sucesso para a zona cinzenta da facticidade não-jurídica, porque estavam enquadrados e disciplinados por um verdadeiro rosário normativo de direito estatal.⁶⁹

Apesar de sua extensão, é válida a transcrição do fragmento do texto de Müller que, paradigmaticamente, reforça esse diagnóstico da seguinte forma:

Há algumas décadas – e cada vez mais – o Estado-nação é posto em cheque pelo fim da sua forma organizacional, que possibilita o fechamento para fora. Não podemos mais restringir a ele decisões de importância central: a ecologia global, pois o ecossistema da Terra se move, em sua totalidade, em direção a um colapso; os mercados financeiros, especulativamente 'auto-referidos' no mundo inteiro e desacoplados da atividade econômica real; a produção, distribuição e o mercado de trabalho, em vias de ultrapassar as fronteiras tradicionais. Em outras palavras, o que realmente importa não pode mais ser limitado territorialmente e, cada vez menos, materialmente. Assim, o Estado-nação perde seus fundamentos tradicionais: em vez do território, um campo de atividades em escala global; em vez do povo e da nação identificados com o Estado, uma sociedade diferenciada crescentemente individualista, que de fato evolui na direção de uma sociedade mundial.

Não só as comunicações, mas também as funções básicas como a economia, a política e a ciência são cumpridas 'simultaneamente' em escala global, para usar o termo da teoria dos sistemas. Uma formação ilimitadamente descentralizada de tal

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Brançosos**" e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327. Criticando a noção de *governance*, Bercovici defende o ponto de vista no qual "o processo de mundialização econômica está causando a redução de espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de 'governance', cujos protagonistas são os organismos nacionais e internacionais 'neutros' (bancos, agências governamentais 'independentes', organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da 'governance', portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia." BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo, p. 334-335.

⁶⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 286-300.

⁶⁹ TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e policontextualidade**, p. 110.

natureza não pode mais ser aprisionada por hierarquias nacionais de poder: a desmaterialização na produção, a desterritorialização no aparelho de controle, a desnacionalização na idéia de ‘soberania’. Deste modo, o ordenamento jurídico, instrumento central de estruturação do Estado nacional, não é modificado apenas pelo Direito Internacional Público formal e pelos direitos humanos internacionalmente vigentes, bem como subjugado na Europa por normas supranacionais, mas até complementado – e, sobretudo, cercado – efetivamente por um corpo cada vez mais abrangente de direito mundial de fato, ‘informal’ (e.g., códigos do comércio eletrônico, condições gerais de compra e venda de grupos multinacionais), e por uma ‘justiça do mais forte’, transnacional e de utilidade privada, que funciona sem Estado, sem legislação e Judiciários centralizados.⁷⁰

O que estes diagnósticos traduzem, em suma, é a total superação da capacidade regulatória do direito estatal e, conseqüentemente, um “antidirigismo” constitucional a partir dos regimes privados globais que promovem

Uma eficaz autodesconstrução do direito, capaz de tornar simplesmente ineficazes os princípios básicos do direito estatal, a saber: a dedução da validade das normas jurídicas a partir de um modelo hierárquico de fontes normativas, a legitimação do direito por uma constituição politicamente posta, o processo legislativo em instâncias parlamentares, a segurança conferida por instituições, processos e princípios do Estado de direito e garantia de espaços de liberdades individuais pelos direitos fundamentais politicamente conquistados.⁷¹

As leituras, apresentadas anteriormente, da *realidade globalizante* que sugerem a crise da capacidade regulatória estatal são coincidentes em alguns pontos e até complementares em outros. Todavia, uma importante ressalva em relação à diferença entre as perspectivas que lançam estes dois autores alemães deve ser registrada: enquanto Teubner, a partir desse *quadro pintado* sobre os efeitos *pós-modernos* sobre o Estado e o direito, segue firme, com base na teoria dos sistemas, em defesa de uma revisão/superação do direito regulatório estatal e da Constituição Dirigente, Müller, por sua vez, enfatiza a possibilidade de resistência social

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Traduzido por Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo; *et al* (coord.). **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-209. (Grifou-se)

⁷¹ TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e policontextualidade**, p. 111. Segundo Faria, “(...) no atual cenário do policentrismo mundial, de relativização do princípio da soberania, de dispersão do poder normativo entre governos, organismos multilaterais, instituições financeiras internacionais e conglomerados transnacionais e de interpenetração crescente entre os domínios público e privado, o direito positivo do Estado-nação já não dispõe mais de condições para se organizar quase exclusivamente sob a forma de atos ‘unilaterais’, transmitindo de modo ‘imperativo’ as diretrizes e os comandos do legislador. Com o advento da globalização, cada vez mais o direito tem sido obrigado a assumir feições de um ato ‘multilateral’ cujo conteúdo, exprimindo vontades concordantes em torno de objetivos comuns, resulta em intrincados processos de entendimento que se iniciam antes de sua propositura parlamentar ou de sua edição pelo Executivo e terminam, muitas vezes, no momento de sua aplicação.” FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154. ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque. **Anuário Direito e Globalização: A Soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 1, 1999, p. 23-51.

e política que pode/deve ser empreendida por Estados *reformados*, mas ainda presentes(!), que interagem cada vez mais com a sociedade civil.

“Em outras palavras”, ainda com Müller,

A sociedade civil em vias de globalização já criou os contornos desse espaço público global (de comunicação e interação), imprescindível para reformas democráticas: o espaço público, no qual as garantias dos direitos fundamentais nacionais e as garantias dos direitos fundamentais internacionais podem produzir efeitos ‘políticos’ – ‘políticos’ no sentido de democracia enquanto forma estatal de inclusão -, o que, por sua vez, pressupõe a realidade social de direitos humanos e de cidadania ‘igualmente’ concedidos, isto é, o espaço legitimador de uma política reformista do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social diante de uma práxis excludente das sociedades liberais...⁷²

É nesse sentido que a manutenção formal e uma intensificação (ou implementação!) do dirigismo constitucional se fazem necessários em países periféricos como o Brasil, conforme se depreenderá no item a seguir.

Por hora, de volta ao pensamento de Canotilho, pode-se afirmar que este reconhece explicitamente – contudo sem uma ruptura integral com o constitucionalismo estatal - o diagnóstico de Teubner para buscar entender os novos contornos de um constitucionalismo global (societal), bem como para alcançar “pistas para o novo milênio”. Às preocupações tradicionais do constitucionalismo moderno, a ciência do direito constitucional acrescenta historicamente novos enfoques que afligem um pensador português inserido numa faticidade “europeizada”. Assim,

Tal como na geologia, a ciência do direito constitucional aumenta a sua massa rochosa como resultado das teorias da constituição, da metódica das normas, da ponderação de princípios, da concretização de direitos fundamentais, da radicação da democracia, do estear do Estado de direito. Todos estes elementos representam estratos sedimentados e sedimentadores da mudança e da continuidade de temas, problemas e paradigmas da Ciência do Direito Constitucional.⁷³

Em síntese, sem a intenção de decretar a morte do constitucionalismo dirigente, Canotilho vem procurando entender o lugar do constitucionalismo em plena Europa do século

⁷² MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Traduzido por Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo; *et al* (coord.). **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**, p. 216. (Grifou-se)

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, p. 326.

XXI que experiencia transformações de diversas ordens, às quais ele vem chamando de um movimento de “interconstitucionalidade”⁷⁴.

3.3 “TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA” E “TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA”: POR QUE AINDA UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO BRASIL?

De simples delimitadoras de direitos fundamentais individuais e de limitadoras do poder estatal, as Constituições modernas assumem, principalmente na segunda metade do século XX, com avanços e recuos, e com respeito a cada realidade estatal e social, a condição de “autoprotección de la sociedad frente a actuaciones precipitadas y crean el marco para el aprendizaje social.”⁷⁵

Do trecho citado acima, merece destaque a ideia de aprendizagem social a partir do texto constitucional que, no caso do constitucionalismo dirigente, aparece como espécies de *ditames pedagógico-sociais* materializados principalmente a partir de objetivos traçados e metas comportamentais sugeridas tanto para o Estado quanto para a sociedade (v. especialmente o preâmbulo e o artigo 3º, da Constituição brasileira de 1988), na busca de implementação de um projeto republicano-comunitário que visa à constante afirmação de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, do mesmo texto) que, por sua vez, assume um viés material que visa à concretização da vida digna. Conforme a abordagem de Silva:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁷⁶

A transformação do *status quo* passa pela superação de três violências geradas pela modernidade política, cujas respostas estão numa constituição dirigente compromissária: a) falta de segurança e de liberdade (necessidade de imposição de ordem e de direito – o Estado

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, p. 345.

⁷⁵ GRIMM, Dieter. El Futuro de la Constitución. In: _____. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**, p. 201.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 119. (grifos do autor). Cf., também, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 93.

de direito contra a violência física e o arbítrio); b) resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); c) combate à pobreza, mediante esquemas de socialidade.⁷⁷

Nesse sentido, com um olhar também direcionado para a “periferia do capitalismo”, Bonavides afirma que:

Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objetivo o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. Se as duas primeiras tiveram como palco o chamado Primeiro Mundo, a terceira e a quarta têm por cenário mais vasto para definir a importância e a profundidade de seus efeitos libertários aquelas faixas continentais onde moram os povos subdesenvolvidos. Aí o atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, vítimas da violência social e das opressões do neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. Impetram essas massas e esses povos uma solução dirigida tanto à sobrevivência como à qualidade da vida digna.⁷⁸

Desse modo, na esteira de pensamento que admite a necessidade de uma estrutura de Constituição vinculante, inegavelmente presente em países de modernidade tardia, parte-se do pressuposto que uma Teoria da Constituição não pode se ater a modelos unitários (hegemônicos) centrais.

A angustia de muitos, por ocasião da manifestação de Canotilho, em seu prefácio à segunda edição da obra *Constituição Dirigente*, talvez tenha sido gerada pela sensação de perda de um referencial teórico legitimador devido ao “abandono” do enfoque acerca do

⁷⁷ Esse é, portanto, o triângulo dialético de que fala Canotilho e que assegura a necessidade de uma “Constituição Constitucionalmente Adequada”. CANOTILHO, J. J. Gomes, O Estado Adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul**. n. 56, dez/2002, p. 30. Cf. Também STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 132. Aliás, é importante registrar que até mesmo na Europa, na maioria de seus países, as promessas da Modernidade também foram, consideradas por alguns, falaciosas e, por isso, a presença do Estado que implemente “esquemas de socialidade” ainda se faz necessária, conforme diagnostica Grimm: “Tras la revolución industrial, el modelo social burgués, referido a relaciones preindustriales, perdió la pretensión de hacer llegar sus beneficios a toda la sociedad. Por el contrario, dejó una división en clases no menos escandalosa que la diferencia estamental precedente; la premisa de la capacidad de autogobierno de la sociedad se quedó así sin su base. Si la meta de la libertad igual debía mantenerse, los medios habían de ser modificados: ya no podía esperarse que la justicia social resultara automáticamente del libre juego de las fuerzas sociales, sino que de nuevo había de ser alcanzada por medios políticos. Esto condujo a la materialización del problema de la justicia. En consecuencia, el propio Estado debía abandonar el papel de mero garante de un orden presupuesto y presuntamente justo y reestructurar activamente ese orden en función de metas materiales determinadas. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**, p. 73.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução à Democracia Participativa. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

constitucionalismo dirigente justamente por aquele que defendera uma tese paradigmática sobre esta temática.

Todavia, ponderando tal situação, sensatas e sintéticas são as palavras de Carvalho, por ocasião da discussão sobre o “fim do constitucionalismo dirigente”, ao aduzir que “não devemos, para tentar ‘salvar’ o discurso legitimante, realizar, aproximações forçadas” e sim assumir “a diferença discursiva e apropriarmo-nos das teses no que elas nos são essenciais.”⁷⁹

E é exatamente neste sentido que se aproveita a ideia da “teoria da constituição constitucionalmente adequada”⁸⁰, uma “tese essencial” que pode e merece ser devidamente adaptada à realidade brasileira, com o reconhecimento das devidas diferenças, principalmente, político sociais.

A realidade histórico factual fundamenta a necessidade (ainda!) de uma constituição dirigente. A constituição não pode ser utilizada como mero instrumental técnico-jurídico, nem tampouco atropelada por “necessidades” contingenciais mercadológicas ou por interesses políticos momentâneos.

O plano em que se discute a teoria constitucional aqui é o primeiro a partir do qual deve advir todas as demais discussões no direito constitucional. Trata-se de uma questão de “legitimação de uma ordem constitucional, historicamente situada.” Nessa linha de raciocínio:

A ‘dignidade do reconhecimento’, a que se reconduz a legitimidade (HABERMAS), e a necessidade de fixação de ‘princípios de justiça’ e de ‘estruturas sociais básicas’ (RAWLS), apontam para um compromisso material rebelde à redução da magna carta a um ‘instrumento técnico-jurídico’ que se limita a regular o processo de transformação dos resultados da política em preceitos jurídicos imperativos. Se as exigências de legitimação apontam para uma conformação activa da facticidade através da normatividade, isto é, para uma directividade constitutivo-normativa da estrutura social, plural e antagónica, de igual forma uma teoria da constituição constitucionalmente adequada tem de corresponder às modernas exigências ‘promocionais’ do direito, captando a lei constitucional na sua dimensão de *instrumento de direcção social*.⁸¹

Engrossando o coro de Streck e Bercovici, entende-se aqui que é importante que se construa uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia”

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70-71. Além disso, não é demais reforçar, conforme já alertado alhures, que o afastamento do autor da sua teoria coincide justamente com o momento em que Portugal ingressou na União Europeia e aderiu ao projeto de um Direito Comunitário que, por sua vez, passa a exigir uma nova postura do Estado aderente, bem como do seu direito.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, p. 154-158.

⁸¹ *Ibid.*, p. 156.

(TCDAPMT)⁸², uma Teoria da Constituição brasileira. A “tese foi apropriada” e o discurso legitimador deve ser adequado. Eis então a proposta, discutir a legitimidade e oferecer uma fundamentação possível à “TCDAPMT”.

Nesse percurso edificador de tal teoria, vários temas vem sendo, como não poderia ser diferente, tratados: a relação da Constituição com o Estado, com o povo, a soberania, a questão da justiça constitucional, enfim, as questões que aproximam o direito, neste caso especialmente o direito constitucional, da política. E todo esse caminho vem sendo iluminado principalmente pela vontade de transformação de uma *realidade brasileira periférica terceiro mundista*.⁸³

E foi isso que Streck fez ao enunciar que:

Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está a sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a ‘vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição’, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas. *Por isso, é possível ‘afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado).*⁸⁴

Como conclusão,

Para uma melhor compreensão da problemática relacionada à sobrevivência ou morte da assim denominada Constituição dirigente, é necessário que se entenda a Teoria da Constituição enquanto *uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional*. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à sociedade, no binômio democracia e direitos-fundamentais-sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal

⁸² A Expressão e a sua sigla sugeridas por Lenio Luiz Streck podem ser entendidas a partir do seguinte trecho de sua obra: “No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvidas de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela idéia de que a *Constituição constitui-ação do Estado*. Talvez aqui se encaixe uma frase seguidamente repetida por Eros Roberto Grau: no Estado Democrático de Direito, e tomando em conta o conteúdo da Constituição brasileira de 1998, é proibido falar em normas programáticas! Mais ainda, é preciso ter claro que o paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da idéia de Direito como ordenação e até mesmo promoção, *exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal.*”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 103.

⁸³ Tema que será enfrentado nos capítulos subsequentes.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. In: AVELÁS NUNES, António; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.) **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334. (Grifou-se)

que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. *Já os demais substratos constitucionais aptos a conformar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.*⁸⁵

Com essa concepção, alcança-se a convicção de que a Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à realidade concreta, ou seja, ao tempo e ao espaço. Desde já, é importante afastar-se qualquer possibilidade de se falar em uma “teoria geral” da Constituição. “A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional.”⁸⁶

Nessa perspectiva,

A idéia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente vinculativa – no texto da Constituição.

Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno. Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que ‘contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida’. Esse núcleo consubstancia-se exatamente nos fins do Estado estabelecidos no aludido artigo 3º da Constituição.

Não podemos esquecer, destarte, que a tradição (no sentido gadameriano) nos lega à noção de Estado Democrático de Direito, representada pela idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outro modo, a Constituição dirigente-programático-compromissária é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional.⁸⁷

Para Canotilho, “uma teoria da constituição constitucionalmente adequada deve, por conseguinte, tornar transparente dois problemas fundamentais”: o primeiro diz “que as tarefas

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. In: AVELÁS NUNES, António; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.) **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal, p. 301-71. (Destques no original)

⁸⁶ Id. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito, p. 133.

⁸⁷ Ibid., p. 135-136, 139 e 143. (Grifou-se).

de conformação sócio-económica pressupõem, em geral, um ‘consenso’ sobre a ‘planificação de fins’, obtido num ‘espaço pré-constitucional’ e posteriormente vasado jurídico-constitucionalmente em tarefas e imposições constitucionais;” já o segundo refere-se às concretizações de fins e tarefas que devem “ser efetuadas principalmente em nível político e legislativo.”⁸⁸

3.3.1 A Tentativa de Redução do Constitucionalismo Dirigente e as Principais Críticas ao Ativismo Judicial: da Discussão (Pro)Posta aos Interesses Pressupostos da Tese

Como visto alhures, a desigualdade na distribuição de recursos materiais mínimos, que assola a triste realidade social brasileira, associada ao inexistente/inoperante Estado Social do século XX, no Brasil, deixaram marcas negativas indeléveis na tentativa de concretização de um projeto de nação e por isso há, cada vez mais viva, a premente necessidade da existência de uma Constituição Dirigente.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar, sob pena de se negar um complexo aspecto da concretização do discurso constitucional dirigente, que há críticas em relação a algumas ideias acerca do Constitucionalismo Dirigente, seja em função de uma certa “ingenuidade” de um discurso jurídico normativista fechado em si mesmo (autosuficiente), seja pela ausência de uma visão crítica sobre a atuação do Estado, materializada por seus Poderes, conforme se pode verificar abaixo.

Em vista disso, a *primeira crítica* refere-se à construção doutrinária que consagrou a Teoria da Constituição Dirigente como uma Teoria ‘autosuficiente’ da Constituição. “Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido (...)”⁸⁹, na medida em que se acredita que há a possibilidade de se mudar a realidade social apenas com regras constitucionais. Por conseguinte, ignora-se, especialmente o Estado e a política.

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, p. 157. Além disso, “Peter Häberle, por exemplo, defende que a Constituição é a expressão também de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de sua cultura e fundamento de suas esperanças. A realidade jurídica do Estado Constitucional é apenas uma parcela da realidade de toda a Constituição viva.” BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____ et al. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional, p. 129.

⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 155-156.

Nessa perspectiva, a “(...) *Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.*”⁹⁰ Não há, tampouco, uma preocupação com a questão da cidadania brasileira, com as suas peculiaridades, dentre as quais se destaca, para finalidade da tese, a sua precariedade, numa espécie de círculo vicioso: ausência de dedicação, em termos de estudos profundos, em relação às diferenças que caracterizam a (in)atividade do Estado brasileiro e mais fragilidade na discussão/fundamentação política da Teoria da Constituição Dirigente. Como consequência (sócio)lógica tem-se a despreocupação com a adequada discussão sobre o devido local da cidadania na compreensão/interpretação/aplicação (*applicatio*, como se verá mais à frente) da Constituição brasileira. Tudo isso, agravado pelo histórico que aponta para a constatação de que a ordem constitucional brasileira não foi instituída num movimento de transição de uma ordem social do tipo feudal à ordem social burguesa, como na Europa e nos Estados Unidos, e sim, imposta por um ordenamento imperial e continuada por um suposto “movimento republicano” do final do século XIX e início do século XX.⁹¹

Por isso, Bercovici discorda de Canotilho quando este afirma que a crise da Teoria da Constituição está relacionada à crise da soberania e, por outro lado, defende a ideia de que a Crise da Teoria da Constituição em relação ao Estado está ligada “à crise de representatividade e dos partidos políticos que, por sua vez, perderam o papel de destaque na política constitucional”⁹² e, conseqüentemente, a tendência foi a

Emancipação da constituição da unidade política pressuposta, seja do poder constituinte, seja do Estado soberano. Este esvaziamento do papel do partido político vai ser preenchido por outro poder, que vai assumir a função de protagonista do debate e da prática constitucionais: o tribunal. Os juízes, e não mais a política partidário-parlamentar, vão se arrogar a função de concretizar a constituição.⁹³

A “vontade do povo” passa a estar nas mãos dos juízes... E o problema passa a ser justamente o “grau de criatividade dos juízes”⁹⁴.

Nesse sentido, como uma *segunda crítica*, Maus vê que o processo de extensão da jurisdição constitucional pode ser considerado uma verdadeira ameaça ao regime

⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, p. 156, 2008. (Grifou-se)

⁹¹ Como registro histórico dos movimentos constituintes brasileiros: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**.

⁹² BERCOVICI, op. cit., p. 156.

⁹³ Ibid., p. 156-157.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Traduzido por Carlos A. de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

democrático, ao princípio majoritário e ao princípio da responsabilidade popular, no sentido da escolha de seus representantes. Nas palavras da autora:

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso (...) é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça. (...) Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.⁹⁵

É no âmbito da teoria constitucional alemã, portanto, “que se observam as mais contundentes críticas ao papel assumido pelo Tribunal Constitucional Alemão, que estaria ou atuando como um típico Parlamento ou se comportando de forma paternalista quando se apresenta como regente republicano da cidadania.”⁹⁶ É nesse sentido que Habermas afirma que o Tribunal Constitucional “(...) não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.”⁹⁷

Nesse contexto, corroborando a forte crítica elaborada por Maus a respeito do judiciário alemão, Bercovici, estendendo para qualquer realidade onde se verifica a denominada jurisprudencialização da Constituição, aduz que “a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o ‘cume da soberania’ (‘der Zipfel der Souveränität’), da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância em caráter vinculante”, transformando-se assim “em substituto do poder constituinte soberano.”⁹⁸

Contudo, contrapõe o autor,

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de

⁹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 185. De maneira crítica, talvez menos “ácida” que essa autora, Otto Bachof problematizou bem a questão do risco do tribunal constitucional se transformar no “senhor da constituição” com as seguintes questões: “Uma tal amplitude do poder do tribunal constitucional não conduzirá necessariamente ao ‘gouvernement des juges’, tão justificadamente receado? Não será exacto o que uma vez disse um jurista tão competente como o antigo ‘Chief Justice’ da ‘Supreme Court’, Hughes: ‘we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is?’” BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e Política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, vol. LVI, 1980, p. 8-9.

⁹⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **Democracia e Três Poderes no Brasil**, p. 19.

⁹⁷ HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**, p. 347.

⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da Concretização da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, n. 2, p. 109.

uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.⁹⁹

Com base nisso, a principal questão cuja resposta os adeptos do “positivismo jurisprudencial” têm dificuldade em responder acaba por ser a seguinte: “em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”¹⁰⁰ Assim, segundo o autor, “(...) o positivismo jurisprudencial torna clara a crise que, juntamente com a crise de representatividade e a crise dos partidos políticos, é também a crise da Constituição.”¹⁰¹

Numa outra perspectiva, essa crítica é rebatida por Moraes e Agra que defendem que:

A essência da crítica exposta contra a jurisprudencialização da Constituição é a falta de legitimidade popular para amparar as suas decisões. O erro desse argumento é que a jurisdição constitucional não é ontologicamente contraditória ao regime democrático, muito pelo contrário, pode se constituir em um importante instrumento para o seu aperfeiçoamento. O órgão que exerce a máxima função judicante pode ser formado com a participação dos poderes estabelecidos, o que evita que ele perca o laço com os interesses da sociedade.¹⁰²

Para tanto, propõe-se uma redefinição do *princípio da separação dos poderes*, que atingiria basicamente a concepção clássica do princípio democrático, no que diz respeito “aos postulados convencionais da separação de poderes entre o legislativo e o executivo, os quais deixam de ter uma correspondência na realidade, com a adoção da fórmula do Estado Social, a qual implica um redesenho das relações entre tais funções”, como também “atribui à função executiva o cumprimento de compromissos democraticamente forjados pela composição entre liberdade liberal e igualdade socialista na base do Estado Social através de prestações públicas materiais.”¹⁰³

O que se entende, na verdade, é que os múltiplos contornos sugeridos pelas transformações sócio-jurídico-estatais à democracia também passaram a sugerir “um

⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**, p. 125.

¹⁰⁰ Ibid., p. 125.

¹⁰¹ Ibid., p. 127.

¹⁰² MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 224-225, 2004.

¹⁰³ Ibid., p. 225. Para o aprofundamento acerca da redefinição da democracia e da postura do Estado Social de Direito, diante da crise funcional do Estado, v. MORAIS, José Luis Bolzan de; et al. A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado**, São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 297-349.

necessário redimensionamento das funções classicamente atribuídas aos poderes públicos, o que atinge a tradicional definição das zonas de tolerância de um poder em relação às decisões dos demais (...).¹⁰⁴ Sob esse enfoque, é possível afirmar que todas essas modificações sofridas pelo Estado e pela sociedade sugerem um novo patamar de limitação da autodeterminação estatal, bem como um novo condicionamento, hodiernamente, do próprio princípio democrático nas sociedades e organizações sociais e estatais.¹⁰⁵

Seguindo-se este entendimento pela busca de um recondicionamento da democracia, como uma *constante reinvenção* numa *busca permanente pela reinstituição do social e do político*¹⁰⁶, a citação abaixo extraída de Bercovici que, em sua obra, buscava criticar duramente a jurisprudencialização da política, também pode ser utilizada para o seu oposto, ou seja, justamente para acentuar a possibilidade – por meio de uma “nova” democracia – de atuação política do judiciário. Eis, então, o trecho:

A democracia não pode também ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e este combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais. A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo. A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade

¹⁰⁴ “(...) especialmente quando o poder detém originariamente a obrigação constitucional de realização de uma norma constitucional fundante. (...) Para tanto, temos que considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado Constitucional, não só da própria noção de democracia – trasladada para um locus legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente substancial – mas especialmente, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia, de duas outras situações: primeiro, da noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um plus transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do status quo assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia; segundo, da distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado entre os poderes para uma realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população, a qual está, de alguma maneira, expressa na função executiva peculiar ao espaço público, sem que se limite às tarefas próprias do Poder Executivo”. MORAIS, José Luis Bolzan de; *et al.* A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado**, p. 302, 312-313. MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 226-227.

¹⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 227, 2004.

¹⁰⁶ CHAUI, Marilena. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7,

concreta. Desta forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.¹⁰⁷

Longe de se procurar esvaziar semanticamente o sentido do termo democracia, utilizando-o para qualquer lado, o jogo de argumentos expressos contra ou a favor da jurisdicionalização da política não será bom ou ruim em si mesmo, *a prioristicamente*. A violação ou não da soberania do povo dependerá de *como* atuará cada um dos poderes, no caso do Brasil, eleitos ou não. Como dito anteriormente, não há a garantia de lealdade ao cumprimento dos ditames constitucionais nem em relação aos legisladores, nem aos julgadores, nem aos executores (propriamente ditos) de políticas públicas.¹⁰⁸

Em síntese, a questão, cuja problematização e consequentes discussões parecem infundáveis, é a da possibilidade ou não de uma função estatal, especialmente a jurisdicional, invadir o espectro de atuação dos outros para assegurar a implementação dos conteúdos fundamentais previstos pela Constituição dirigente e compromissária, principalmente de cunho social, quando esses (outros Poderes) não atendam às demandas apresentadas pelos *destinatários do Poder*. Dito de outro modo: quem deve ser “o guardião” dos *direitos sociais*¹⁰⁹?

Longe de se assumir aqui qualquer postura radical para quaisquer dos lados¹¹⁰ neste principal tema do momento na teoria jurídico política do Estado, cabe aqui apenas reforçar a

¹⁰⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**, p. 127.

¹⁰⁸ Nesse sentido, sobre a atuação do judiciário, Cappelletti afirma precisamente que se trata “(...) de problema que não pode se resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, - ou, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema de natureza quantitativa -, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.”CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, p. 92.

¹⁰⁹ Os direitos fundamentais serão melhor abordados no capítulo 5 da tese, mais especificamente, no item “5.1.1”. Sem a pretensão de se esgotar a temática, nem tampouco de apresentar e enfrentar variadas classificações, no capítulo adiante, buscar-se-á contextualizar a discussão sobre os direitos fundamentais, com destaque para os sociais, dentro dos limites propostos na presente pesquisa, conforme restará explicado.

¹¹⁰ Analisando as interseções entre o legislativo e a justiça constitucional, cuja relação compreende “uno de los temas centrales de la teoría jurídico-política do Estado”, Pisarello e Cabo entendem que podem existir basicamente duas posturas que tendem erroneamente a simplificar a discussão: “la primera de las posturas suele partir de una suerte de falácia politicista que desdeña la influencia de las decisiones jurisdiccionales en la transformación del ordenamiento constitucional. Es decir, aunque se preocupe de los tribunales como instituciones, poco o nada dice sobre el contenido o la relevancia de sus sentencias (tribunales sin sentencias). La segunda de las posturas, por el contrario, suele afirmarse en una falácia jurídicista que tiende a reducir el funcionamiento del ordenamiento constitucional a las decisiones jurisdiccionales. O sea, que aunque se preocupan del contenido de las sentencias, tienden a ‘normalizar’ la función político institucional de los tribunales, ocultando su funcionamiento real y sus límites tras una descripción idealizada, o bien prestando una justificación insuficiente de muchas de sus acciones (sentencias sin tribunales).” PISARELLO, Gerardo; CABO, Antonio de. Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, Juices, Ciudadanos. In: MORODO, Raúl; VEJA, Pedro de. **Estudios de Teoría Del Estado y Derecho Constitucional en Honor**

ideia já exposta da necessidade de revisão da tradicional “Tripartição” de Poderes que ainda reconhece a importância da atuação do legislativo e da justiça constitucional¹¹¹, bem como a função implementadora do Poder Executivo, todos os três numa perspectiva de atuação cada vez mais aberta aos cidadãos na tentativa de construção de chamada esfera pública.¹¹²

Assim, por mais que as práticas institucionais se mostrem desanimadoras no Brasil, com seus representantes, não raras vezes se comportando contrariamente aos interesses da República, até mesmo os mais pessimistas¹¹³ reconhecem a necessidade da atuação dos poderes – especialmente da jurisdição constitucional – para a concretização do projeto dirigente compromissário de 1988. Como demonstração teórica do afirmado, tem-se a posição de Lima que – apesar de avesso a qualquer intervencionismo por parte do Poder Judiciário – afirma que:

A sobrevivência de uma constituição dirigente depende também do convencimento da sociedade de que esta constituição ainda vigora e que sua simbologia referencial não foi esquecida. Naturalmente que o raio de uma tal ação política inclui instrumentos da sociedade – intelectuais, partidos políticos por exemplo – mas também engloba setores do próprio Estado, nas mãos de um governo sinceramente comprometido com a manutenção da idéia constituinte, com os poderes Legislativo e Judiciário, *especialmente se se dispõe de uma Corte controladora da constitucionalidade das medidas de governo.*¹¹⁴

de Pablo Lucas Verdú. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2001, Tomo III, p. 1809.

¹¹¹ Interessante analítica – “não-a priorística” – de eventuais conflitos entre a atuação do poder legislativo e o ativismo constitucional na implementação dos direitos sociais, v. PISARELLO, Gerardo; CABO, Antonio de. *Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?: legisladores, juices, ciudadanos.* In: MORODO, Raúl; VEJA, Pedro de. **Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú.** México: Universidad Nacional Autónoma de México; Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2001. t. 3, p. 1807-1830.

¹¹² Interessante noção de esfera pública pode ser encontrada na obra de Habermas e até mesmo aproveitada no que for adaptável à realidade periférica brasileira. Em sua obra, esse autor procura mostrar que o conceito de democracia, presente em sua teoria, pode ser concretamente amparado nos conceitos de esfera pública e sociedade civil que segundo ele, funcionariam como estruturas comunicacionais do mundo da vida. Segundo o autor, “a esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo.” Já a sociedade civil “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nas e os transmitem, a seguir, para a esfera política.” Assim, “em sociedades complexas, a esfera pública, forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade, p. 92 e 99.

¹¹³ Por todos, v. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O Constitucionalismo Brasileiro ou de como a Crítica Deficiente Ignora a Consolidação da Democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, n. 2, p. 329-338.

¹¹⁴ Id. *Constituição e hermenêutica em países periféricos.* _____. **Constituição e Estado social: os obstáculos à Concretização da Constituição.** MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso; *et al* (orgs). Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 198.

Para não estender ainda mais essa celeuma que - não obstante seu incontestável valor principalmente no âmbito da aplicabilidade jurídica¹¹⁵ - não se constitui no principal objeto de estudo nesta tese, por fim, mas não menos importante, vale registrar a opinião de Streck¹¹⁶ (tendo em vista a sua “pioneira” preocupação com a elaboração de uma “TCDAPMT”), com base em Dworkin, para quem o Poder Judiciário, entendido como justiça constitucional, não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade.¹¹⁷

Assim, fundamentadamente em defesa de um *ativismo judicial hermenêutico* (que não pode ser confundido com uma substituição arbitrária de qualquer dentre os outros poderes), considerando-se a inefetividade histórica¹¹⁸ do Estado Social brasileiro, do caráter dirigente-compromissário da Constituição de 1988 e ancorado na tese *substancialista*¹¹⁹ norte-americana e na tese *garantista*¹²⁰ de Ferrajoli da judicilização da política, Streck afirma que à “justiça constitucional” concebe-se

Uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de ‘checks and balances’, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. Assim, parece correta a tese de Freeman, que ‘entende a Constituição como um instrumento da soberania democrática que não se limita a definir procedimentos para elaborar e aplicar as leis,

¹¹⁵ Aplicabilidade também entendida como *applicatio* no sentido gadameriano, v. nota um pouco mais à frente.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 180.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 441-446.

¹¹⁸ Antes mesmo da Redemocratização brasileira formalizada na Constituição de 1988, Wolkmer já denunciava que, até aquele período, no Brasil, o dirigismo estatal se deu “pelo alto”, a partir de um Estado autoritário modernizante e não, a exemplo do que ocorrera na Europa, como “produto de conquista histórica de uma sociedade nacional burguesa solidificada. A especificidade do caso brasileiro está no fato de não ser espontâneo, pois emerge como um fator estratégico no âmago de um esforço mais amplo de se obter, autoritariamente, a arrancada para a modernização política, para o desenvolvimento econômico-industrial e para a integração e emancipação da sociedade nacional burguesa. A experiência histórica brasileira tem demonstrado que tanto o Constitucionalismo Político quanto o Constitucionalismo Social – pelo caráter fragmentário, ambíguo e atípico; reflexo de constantes rupturas – não foram ainda realizados plenamente, de forma linear, responsável e democrática como no modelo clássico do Constitucionalismo ocidental (Constitucionalismo Político-Social europeu e norte-americano). WOLKMER, Antonio Carlos. Para um Paradigma do Constitucionalismo Ocidental. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** (UFMG), nº 62, jan., 1986, p. 51-52.

¹¹⁹ Mesmo estando definidos democraticamente os *valores* e suas prioridades na Constituição, as possibilidades que são constantemente abertas para a aplicação (*applicatio*) do direito exigem do jurista, em especial do juiz, a devida postura hermenêutica em cada caso concreto. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico. Em síntese, “a tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.” STRECK, op. cit., p. 148 e 185. Na doutrina estrangeira, inspiradora dessa postura substancialista, por todos: TRIBE, L. H. **American constitutional law**. 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988; e, do mesmo autor, *Taking Text and Structure Seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation*. **Harvard Law Review**, vol. 108, nº 6, 1995.

¹²⁰ Especialmente na concepção substancial de democracia cuja materialização requer uma “revolução pelo Direito”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Traducción de Perfecto A. Ibañes *et al.* Madrid: Trotta, 1995.

mas organiza e qualifica estes procedimentos ordinários de forma a evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas ou privadas.¹²¹

Aqui, o *ativismo judicial hermenêutico* aparece como um *modo de ser do jurista*, donde o *plus hermenêutico* diferencia a atuação do intérprete – sujeito inserido numa *tradição*¹²² - do texto constitucional na medida em que aquele (*o plus hermenêutico*) *revela a uma tendência desconstrutivista*¹²³. Esta tendência - fundamentada principalmente nas teorias de Heidegger e Gadamer, e utilizada por Streck no direito brasileiro por meio da Nova Crítica do Direito (NCD)¹²⁴ – possui um duplo viés fundante no Direito Constitucional: (1)

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 180.

¹²² *Tradição* entendida como “pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado.” STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*”. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Ed Unisinos, 2003, p. 227.

¹²³ O desconstrutivismo para Derrida pode ser entendido a partir de uma estrutura que “(...) es una estructura en la que el derecho es esencialmente deconstruible, bien porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), bien porque su último fundamento, por definición, no está fundado”. (...) Dicho de otra forma, la hipótesis y las proposiciones hacia las que me dirijo tanteando, apelarían más bien al siguiente subtítulo: la justicia como posibilidad de la deconstrucción, la estructura del derecho o de la ley, de la fundación, como posibilidad Del ejercicio de la deconstrucción.” DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley: el ‘fundamento místico de la autoridad’**. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_07.pdf>. Acesso em 10 de out., 2007, p. 140-141. Assumir o caráter desconstrutivista significa assumir uma condição de ser, por parte do jurista, que rompa com as amarras da dogmática objetificante do/no direito. Nesse ponto de vista, há uma forte aproximação da teoria de Derrida, que, por sua vez, retomou, de certo modo, “las nociones heideggerianas de la ‘*Destruction*’, de la historia de la ontoteología (que hay que entender no ya como mera destrucción, sino como ‘des-estructuración para destacar algunas etapas estructurales dentro del sistemas’) y de la ‘*Abbau*’ (operación que consiste en ‘dehacer una edificación para ver como está constituída o desconstituída).” PERETTI, Cristina. *Deconstrucción*. In: ORTIZ-OSÉS, Andrés; PATXI, Lanceros (orgs). **Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 143. (Grifos do original) Nessa ótica, a desconstrução é vista não como “(...) algo que possa ser simplesmente *utilizado*, algo que possa ser simplesmente *aplicado*, por não ser ela um método ou uma técnica propriamente dita – não existe uma metodologia desconstrutivista. (...) A desconstrução em Derrida, pode ser sempre entendida como uma forma de desestabilização, de colocar em questão, de buscar as fronteiras e os limites do texto.” KOZICKI, Kátia. *Desconstrução*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo (RS): Ed UNISINOS, 2006, p. 200. Sobre a metafísica objetificante da epistemologia cientificista e a sua necessária superação, v. Heidegger em nota no capítulo I, bem como, no raciocínio de Streck, a nota abaixo.

¹²⁴ Sintetizando, a *Nova Crítica do Direito (NCD)* pode ser compreendida “como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e detém no ente, ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por meio de um pensamento objetificador (Heidegger). Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente a diferença que separa o ser do ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração da mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica standartizada, na qual o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmatizante, refém de uma prática dedutivista e

como desconstrução de qualquer postura entificante do *Ser* da Constituição, logo de qualquer postura positivista cientificista (no sentido da epistemologia moderna) na aplicação de seu texto; 2) como (re)construção da atuação do intérprete – como um *ser no mundo* – em relação à *construção de sentido*¹²⁵ da norma jurídica, numa proposta de *redirecionamento da dogmática jurídica*¹²⁶.

É importante ressaltar que ao assumir essa postura, o autor não pretende negar a presença da política, nem tampouco propor uma visão (simplista) jurisdicizante como criticado por Pisarello e Cabo em nota alhures. Quando fala de ‘intervencionismo substancialista’, o autor enfoca o caráter emancipatório proposto pela Hermenêutica Filosófica aplicada ao Direito, ou seja, Streck explicita constantemente que o fio condutor que perpassa a sua obra é o estudo da hermenêutica jurídica e sua crise na *applicatio*¹²⁷.

Finalmente, como se sabe, a noção de limitação do poder foi o ponto de partida para os Estados advindos de períodos pós-absolutismos nos séculos XVII e XVIII e pós-totalitarismos no século XX, todos na Europa, e para os Estados de períodos pós-autoritarismos na América Latina, na segunda metade do século XX, o que leva a concluir que nenhum dos poderes pode

substantiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. A NCD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado.” STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*”. p. 223-71. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**, p. 227.

¹²⁵ Sobre crítica hermenêutica – ancorada em Heidegger e Gadamer - dos discursos de aplicação do direito e a “busca da melhor resposta ou da resposta hermeneuticamente correta”, confrontando as diferentes perspectivas de teóricos referenciais como Dworkin, Habermas e Alexy, consultar a obra de STRECK, Lenio Luiz, sobretudo, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**.

¹²⁶ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica** São Paulo: Max Limonad, 1998; FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1992; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**, caps. 3, 4 e 5.

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. 6. ed. Traducción de Ana A. Aparicio; Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1996, vol. 1, p. 378-383. Cumpre salientar, ainda, a noção de *applicatio*, que tem sido uma das categorias gadamerianas mais comentadas no direito. Nessa categoria, delimita-se, primeiramente, que todo conhecimento produzido é, em si, o desenvolvimento de uma compreensão prévia que sempre antecipa o intérprete. A partir desse ponto se constata, em nível ontológico, a indissociabilidade entre compreensão e interpretação. Gadamer aponta também a indissociabilidade entre interpretação e aplicação como decorrência da fusão de horizontes, onde o intérprete, situado em seus pressupostos, ao se dar conta deles, propicia o aparecimento da novidade que o objeto a ser interpretado descortina. Diante disso, afasta-se a noção de interpretação “em fatias”, preponderante no direito, na qual o intérprete primeiro compreenderia, depois interpretaria para, finalmente, aplicar o direito. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**, p. 152.

se arvorar na condição de único intérprete da Constituição ou como arauto “absoluto” da vontade popular.

Nessa perspectiva, considerando-se a limitação de todos os poderes, a intervenção jurisdicional na busca de uma efetivação concreta do texto constitucional, visando a transformação da sociedade, caracterizando uma jurisprudencialização da Constituição, só pode ser limitada pela *proibição de retrocesso social*¹²⁸ que, por sua vez, aparece como um princípio implícito das Cartas dirigentes de Estados contemporâneos. Além disso, será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, *razoavelmente*, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania.

Trata-se, portanto, conforme Garapon¹²⁹, de um processo “natural” desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isto tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico. Ou seja, a judicialização tem como uma de suas causas a jurisdicização das relações sociais efetuada, em boa medida, pelo mundo político. O cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais.

Contudo, “(...) para o pleno desenvolvimento da atuação da jurisdição constitucional no processo de jurisprudencialização da Constituição configura-se imperioso o reforço de sua intensidade de legitimação, que pode ser plenamente realizado pelos princípios fundamentais e pelos princípios ético-morais”¹³⁰, pois, a “Constituição é um existencial.”¹³¹

Em vista disso, toda a discussão (pro)posta, até o presente momento, neste item, buscou apresentar os problemas proporcionados pelo “choque” entre os poderes no que tange à implementação especialmente de direitos sociais que faz com que diversas polêmicas sejam geradas em torno da relação entre política e direito. Entretanto, todas essas controvérsias, quando essencialmente republicanas, agitam e são agitadas por uma única finalidade: o bem

¹²⁸ A *proibição de retrocesso social* será conceituada mais à frente, especificamente no capítulo 5, no item 5.1.1.

¹²⁹ “A sociedade democrática desfaz os laços sociais e os refaz socialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a ‘inventar’ a autoridade, sem sucesso, ela acorre então para o Juiz.” GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia**: o guardião de promessas. Traduzido por Maria L. de Carvalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140.

¹³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 228.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito, p. 127.

comum, que, por sua vez, não é o bem da soma de vários indivíduos, mas o bem de uma comunidade que pretende se construir dignamente como nação. E, neste sentido, a Constituição “(...) deve ser entendida como um existencial, ou seja, não deve ser apreendida simplesmente no plano ôntico-objetivista, e, sim, no plano ontológico-existencial, isto é, como manifestação da própria condição existencial do ser humano.”¹³²

Como um existencial, o sentido político da constituição transcende esse primeiro debate e alcança, no caso da Constituição Dirigente, o debate sobre a sua legitimação e a sua possibilidade de contribuição para que um indivíduo efetivamente se constitua como um *self*, na linguagem da política do reconhecimento para que “subcidadãos” libertem-se desta condição e alcancem a cidadania no Brasil, reiterando-se, nessa perspectiva, que a identidade cidadã, como a identidade em geral para Taylor, “é definida a partir do horizonte em cujo âmbito posso determinar caso a caso o que é bom ou valioso.”¹³³

Assim, “O fato de ser membro de uma nação, uma família, um partido, uma etnia, define, em certa medida, os bens que devem ser buscados.” Estes bens, “no caso da comunidade política, do povo”, consubstanciam “o bem humano como tal, ou a plena realização de cada um dos membros do povo.”¹³⁴ Os bens da comunidade política organizada em torno de um Estado aparecem consensualmente direcionados pela Constituição que é norma

Directiva fundamental (‘*costituzione-indirizzo*’), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Una materia típica de la constitución como norma directiva fundamental es, por ejemplo, el goce de los derechos sociales, así el derecho a la educación o a la subsistencia o al trabajo.¹³⁵

A atividade do Estado, “por consequência da materialização do problema da justiça, se separa da vinculação a uma ordem social previamente dada, quase natural, que o Estado protegia unicamente contra perturbações.”¹³⁶ Em seu lugar, aparece uma ordem social que pode ser configurada e transformada pelo Estado. E nisto parece residir a aproximação entre a atuação do Estado como principal mecanismo para a inclusão e o reconhecimento social,

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 127.

¹³³ TAYLOR, Charles. **As fontes do Self**: A construção da identidade moderna, p. 44.

¹³⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Ed Unisinos, 2003, p. 26.

¹³⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: Apuntes de Historia de las Constituciones, p. 129.

¹³⁶ GRIMM, Dieter. El futuro de la Constitución. In: _____. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**, cap. 6., p.189. (tradução livre).

Pues ni se puede llevar a cabo la pretensión de inclusión sin una permanente transformación de las condiciones de vida ya conseguidas y de la infraestructura social, o sin redistribución de la riqueza de la sociedad, ni es posible solucionar las consecuencias del progreso técnico-industrial sin transformar las condiciones generales de los sistemas sociales parciales o sin sobrecargar los costes financieros. En este aspecto el Estado está cada vez más apremiado, no solo a reaccionar frente a desgracias o crisis, sino también a anticipar posibles errores y sofocarlos, cuando aún son embrionarios, mediante contramedidas tempranas.¹³⁷

O incremento das tarefas do Estado se encontra, portanto, no primeiro plano de suas transformações. “Hasta la fecha se ha nutrido, sobre todo, de dos fuentes: la primera puede definirse con la palabra clave de la ‘inclusión’, entendiendo por tal la inclusión de la totalidad de la población en las prestaciones de todos los sistemas sociales parciales.”¹³⁸

Essa passagem da obra de Grimm proporciona uma aproximação com a teoria política do reconhecimento exposta nesta tese, principalmente, a partir das abordagens acerca das reflexões político-filosófico-sociais de Taylor e Honneth, bem como uma demonstração da necessidade da atuação estatal em tempos de crises sociais.

¹³⁷ GRIMM, Dieter. El futuro de la Constitución. In: _____. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006. cap. 6, p. 189-190.

¹³⁸ Ibid., p. 187-188.

4 A MODERNIDADE DIFERENCIADA BRASILEIRA: A QUESTÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL E ALGUMAS BASES PARA A CONSTRUÇÃO DA “TCDAPMT” FUNDAMENTADA NA POLÍTICA DO RECONHECIMENTO

“O lado *econômico-social* da exclusão não pode ser simplesmente eliminado por voluntarismo definitivo dos juristas; não se pode também dar-lhe sumiço por meio de uma magia normativa.” (Friedrich Müller)

“Frente às dificuldades de um mundo altamente móvel e em ritmo acelerado de mudança, tende-se a buscar refúgio na imagem de uma ordem social que nunca se altera e a projetá-la num passado que nunca existiu.” (Norbert Elias; L. John Scotson)

4.1 A DESIGUALDADE COMO FENÔMENO DE MASSA NA MODERNIDADE DIFERENCIADA: QUEM É O POVO NO CONSTITUCIONALISMO PERIFÉRICO?

A busca pela eficácia normativa e o desenvolvimento do papel jurisprudencial do Direito Constitucional – a “Revolução Copernicana” bradada no constitucionalismo brasileiro por Streck que enfoca, com sua obra, privilegiadamente a atuação da jurisdição constitucional¹ - encontra o seu fundamento inquietante na concepção da imagem da pessoa humana que postula a sua dignidade como premissa antropológica, que é nutrida, nesta medida, da realidade e da normatividade constitucional, como também opera uma cláusula transformadora “del quéhacer social”²: “Sin embargo, la clave cultural que la inserta Häberle, permite percibir su eficacia vinculante en su desarrollo normativo y jurisprudencial, mediante la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales”.

¹ “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. (...) No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação.” Passados mais de vinte anos desde a promulgação do texto constitucional, com efeito, “parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam *ineficazes*. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o artigo 1º da Constituição, que prevê a *dignidade da pessoa humana como um dos fatores da República* brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. (...) Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária – conforme a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que faz parte da tradição -, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, *como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)*. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 2-4. (Grifos do autor).

² Cf. a Apresentação de César Landa à tradução da obra de Peter Häberle: **La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional**. Traducción de Carmen Zavala. Lima (Peru): Pontificia Universidad Católica del Peru, 2001, p. 11-12.

“De modo que, no se trata de un dogma constitucional válido en si mismo, sino una regla jurídica producto de una lectura ética de la Constitución y la sociedad.”³

Tendo em vista, portanto, a observação de Häberle de que a Constituição reflete um certo grau de desenvolvimento cultural, através de uma autorrepresentação caracterizadora de um povo, espelhando sua cultura e fundamentado projetos e esperanças⁴, torna-se de fundamental importância a abertura do diálogo da Teoria da Constituição com as demais ciências sociais e políticas, a fim de se recuperar ou, talvez, até mesmo, estabelecer (nortear) melhor o significado da Carta Fundamental para o povo e vice e versa.

Para se prosseguir nessa empreitada, é importante situar a própria relação entre a Constituição e o povo e, para tanto, desde já indaga-se sobre quem é esse povo que fundamenta o Poder Constituinte (na Constituição brasileira, especialmente no preâmbulo e no parágrafo único do artigo primeiro) e, por conseguinte, aparece como principal destinatário de seu discurso constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito.

Como um prelúdio de uma possível resposta, a reflexão sobre povo deve ser colocada

Frente à *crise política* que atinge o Estado e suas estratégias de constituição do poder político e das fórmulas de construção e elaboração do consenso e das decisões em um ambiente democrático que vem marcado pela fantochização da política e i(re)novação das estratégias de tomada de decisão, em particular sob formato da *democracia participativa*.⁵

³ LANDA, César. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **La imagen del ser humano dentro del estado constitucional**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2001.p. 12.

⁴ Assim, Häberle propõe um “arquétipo composto de elementos reais e ideais, estatais e sociais, c tendentes a lograr um nível do ser o mais adequado possível e em vistas de um dever ser ótimo”. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 33. (Tradução livre). E os seus elemetos (“da Constituição como cultura”), segundo o autor são: 1º) *la dignidad humana* como premisa que deriva de la cultura de todo un pueblo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendidos como vivencia de la individualidad o especificidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto en la tradición histórica como en sus propias experiencias , y que refleja sus esperanzas en forma de deseos y aspiraciones de futuro; 2º) *el principio de soberanía popular*, pero no entendido como la competencia propia y exclusiva de hacer lo que como tal le plazca, ni tampoco como magnitud mística a imponer a sus ciudadanos, sino como fórmula identificatoria de una colaboración que se renueva cada vez de forma abierta y responsable; 3º) *la constitución como pacto*, en cuyo marco se formulan objetivos educacionales y valores orientativos posibles y necesarios; 4º) *el principio de divisón de poderes*, tanto en su acepción estatal más estricta como en su sentido plural más amplio; 5º) *el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho*, dándose en ellos también el principio de cultura estatal <abierta> (o principio de apertura de la cultura estatal) y demás garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la Judicatura, etc. Todos estos elementos se ensamblan en el seno de una democracia constitucional basada en el pluralismo como principio.”Idem, p. 33-34. Ainda do mesmo autor v. HÄBERLE, Peter. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. **Derechos y Libertades**: Revista de Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, N. 14, época 2, enero 2006. Cf., también, BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: _____. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29 e *segs*.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-

Morais reforça a necessidade, num viés político, da reflexão acerca do lugar e do papel do povo enfatizando os problemas gerados pelas *crises*⁶ do Estado, especialmente a *política* (e de representação).

Sem a pretensão de se dissecar o modelo democrático representativo contemporâneo, neste momento, expõe-se apenas um problema (grave) nesse modelo de participação política, conforme destacado alhures: a ‘fantochização’ da democracia. E isto tem se tornado cada vez mais patente, por dois motivos: (a) o primeiro se refere à (im)possibilidade de escolha dentre candidaturas, por parte dos cidadãos que – devido a um estereótipo de desdiferenciação de propostas e de desidentificação de candidaturas, provocados pelo empobrecimento do espaço público da política e da sua economização, em um contexto de jogo global de capitalismo financeiro – se veem em presença de um processo de apatia política ante a percepção de total desnecessidade dos próprios instrumentos de escolha dos representantes: as eleições; (b) e o segundo diz respeito às transformações experimentais na democracia representativa, que se dá em dois níveis: no *primeiro*, tem-se a adoção, no seu interior, de mecanismos de intervenção decisória direta, por meio da introdução de fórmulas de democracia direta conjugadas com a representação política, como, por exemplo, a iniciativa popular de leis; e, no *segundo*, percebe-se a construção de modelos democráticos alternativos e de reconstrução de outros lugares de tomada de decisão.⁷

Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: livreria do Advogado; São Leopoldo (RS): Ed. UNISINOS, n. 2, 2006, p. 104. Em defesa radical da democracia participativa v. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, em especial o capítulo 1.

⁶ A subdivisão da crise do Estado apresenta-se da seguinte maneira: (I) *crise política*; (II) *crise estrutural*; (III) *crise constitucional*; (IV) *crise funcional*; e (V) *crise conceitual*. Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2002, p. 23-58.

⁷ *Ibid.*, p. 53-7. A democracia participativa pode ser entendida como um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão, preservando a realidade do Estado (e a democracia representativa). Contudo, na democracia participativa, há uma tendência de superação da dicotomia entre representantes e representados, aproximando-se assim, de certa forma, do antigo ideal político grego. Como exemplos, pode-se citar: a participação, legalmente prevista, dos cidadãos em *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*, bem como o *Orçamento Participativo*. Além disso, por iniciativa da própria sociedade, têm-se vários movimentos com propósitos de transformar o *status quo* e de influenciar decisões políticas como, exemplo, o Fórum Social Mundial (FSM). Na ótica de Santos, o “(...) FSM constitui uma das mais consistentes manifestações de uma sociedade civil global contra-hegemônica e subalterna em vias de surgimento. Na sua definição mais ampla, o FSM é o conjunto de iniciativas de troca transnacional entre movimentos sociais e organizações não governamentais onde se articulam lutas sociais no âmbito local, nacional ou global, travadas (de acordo com a Carta de Princípios de Porto Alegre) contra todas as formas de opressão geradas ou agravadas pela globalização neoliberal.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Porto: Afrontamento, 2006, p. 385. Também defendendo uma postura de “resistência” popular à avalanche neoliberal, v. BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, caps. I e II.

Além da colocação da reflexão frente à crise (transformação) da democracia representativa moderna, a preocupação com o povo pode ser elaborada numa perspectiva jurídico-transdisciplinar e esta é a preocupação privilegiada que se depreende subsequentemente. Nesse sentido, a inspiração é originada da obra de Friedrich Müller (**Quem é o Povo?**) que, como sintetizou Morais, “não apenas reflete acerca de aspectos fundamentais para (um)a teoria político-constitucional, como também apresenta instigações para a reflexão jurídico-teórica, assim como imputa ao jurista uma tarefa central para a (re)construção do projeto democrático.”⁸

Assim, Müller faz uma breve distinção ao afirmar que:

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o *povo ativo* está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do *povo-destinatário*.⁹

Com a afirmação final, o autor quis centrar na concepção de povo a perspectiva kantiana de que todo indivíduo merece proteção e respeito a seus direitos fundamentais *por não se tratar nunca de um meio, mas de um fim em si mesmo*.¹⁰

Com isso, caminha-se para a caracterização do povo que se pretende aprofundar aqui: do povo em sua especificidade, de quem a dignidade não se reconhece abstratamente (a dignidade de um “homem médio ocidental”, da razão universal), mas um povo cujos integrantes se compreendem em sua *faticidade*, sua *historicidade* e se veem inseridos numa *tradição*¹¹. “Um homem que luta e sofre e que é sujeito, fundamentalmente, não porque se identifica com os discursos do ‘centro’ da cultura (...), mas um homem da periferia, que é

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado, p. 109.

⁹ MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 79. (grifos do autor)

¹⁰ Trata-se de um dos imperativos categóricos kantianos ao lado da noção de que *uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse se transformar numa lei universal*, ambos originando proposições éticas superadoras do utilitarismo. Cf. KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Segundo Häberle: “La identidad del sujeto, a la que muchas veces se apela y cuya dignidad humana es protegida por el Estado Constitucional (...) no es, sin embargo, ninguna abstracción, ni ninguna mónada aislada que se establece a sí misma de manera absoluta en una nueva isla *utopía*: todos y cada uno debe poder conformar su identidad gracias a los derechos humanos y ciudadanos, pero estando em coexistencia y en contexto con otros, cosa que requiere de *solidariedad*.” HÄBERLE, Peter. **La imagen Del ser humano dentro del Estado Constitucional**, p. 129. (grifos do autor).

sujeito mesmo conhecido como ‘outro’.” Tudo isso em face do momento atual em que se tem “(...) em vista a possibilidade de instauração de um paradigma de Direito em que o sujeito nuclear possa vir a ser o ‘mercado’”.¹²

É preciso atentar para que, na procura de uma ideia de povo, não se contente com sua “iconização”. E, para não incorrer nesse equívoco, criticando a histórica falta de cuidado, principalmente no campo jurídico, no trato dessa temática e, por outro lado, em consonância com a complexidade que envolve a tentativa de se reconhecer o povo como sujeito fundante e destinatário da Constituição, que cria e recria a sua identidade¹³ no (con)texto histórico, são válidas as palavras de Müller:

Em termos bem genéricos, a iconização reside por igual também (...) no empenho de unificar e ‘povo’ a população diferenciada, quando não cindida pela diferença segundo o gênero, as classes ou as camadas sociais, freqüentemente também segundo a etnia e a língua, a cultura e a religião. No uso ideológico, tudo isso tornaria a função legitimadora precária. Em contrapartida, o holismo santifica, ‘o’ povo está atrás da nossa práxis do poder-violência e torna-a inatacável. Nesse ideograma, ‘o’ povo “outorga” também a forma de organização do nosso poder-violência, a constituição, não importa como ela possa ser posta e mantida em vigor na realidade. Contradições sociais subsistentes apesar dessa constituição ou em conformidade com ela são ao mesmo tempo justificadas ‘substancialmente’ com o argumento de que ‘o’ povo assim o quis. A população heterogênea é ‘uni’ficada em benefício dos privilégios e dos ocupantes do *stablishment*, é unguida como ‘povo’ e fingida – por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s) – como constituinte e mantenedora da constituição. Isso impede, conforme se deseja, de dar nome às cisões sociais reais, de vivê-las (...) e conseqüentemente trabalhá-las. A simples fórmula do ‘poder constituinte *do povo*’ já espelha ilusoriamente o *uno*.¹⁴

Em relação ao povo brasileiro, é notória a ausência de unidade ou de homogeneidade em quaisquer dos fatores que sejam avaliados como passíveis de sua caracterização. Assim,

Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais (...) econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa ‘marginalização’ como subintegração. Esse fenômeno não se restringe a países periféricos; fomentado pela política ‘desregulamentadora’ de corte neoliberal em

¹² SHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1999, p.14.

¹³ Segundo Rosenfeld: “O sujeito constitucional, que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que ele esqueça a sua identidade utilizando-se do *médium* de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula e une o multifacetado *eu* constitucional aos seus múltiplos outros.” ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

¹⁴ MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia, p. 72-73. (grifos do autor)

meio a um capitalismo triunfalista cada vez mais selvagem, ela grassa também nos países mais ricos.¹⁵

A *exclusão*¹⁶ de enorme quantidade de setores populacionais da participação e inserção, disponível de acordo com o patamar de desenvolvimento alcançado pela respectiva sociedade e nesse sentido típico para a mesma, leva aqui, mesmo no caso do ‘desprivilegiamento em um só setor parcial’, a uma ‘reação em cadeia de exclusões’ e, por igual, também à pobreza política.

Assim, ao abordar a desigualdade como um *fenômeno de massa* nas sociedades periféricas, Müller, com incursões na teoria sistêmica, acrescenta uma leitura jurídica ao conceito de exclusão, ao argumentar que

Já não basta falar da ‘heterogeneidade estrutural’ ou da ‘marginalidade’ no sentido da não-integração de grandes grupos populacionais, no sentido de *grandes grupos não participarem mais da cidadania*. Fala-se então de exclusão no sentido de que esses grupos populacionais dependem (negativamente) das prestações (Leistungen) dos mencionados sistemas funcionais da sociedade, sem que tenham simultaneamente acesso às mesmas (no sentido positivo). Inversamente, o estado de bem-estar social (welfare state) é concebido por meio do conceito social da inclusão. É certo que a diferenciação funcional da sociedade moderna gera uma diferença nítida entre inclusão e exclusão, mas acaba solapando a diferenciação pelo fato de não incluir grandes contingentes populacionais ‘na comunicação dos sistemas funcionais’. Assim, não se trata mais de diferenças de classe ou de estratificação social *no quadro* de uma inclusão genérica, ainda que muito desigual. Muito pelo contrário, o esquema inclusão/exclusão sobrepõe-se como uma *superestrutura* à estrutura da sociedade, também à estrutura da constituição – como ‘uma espécie de metacódigo (...), que mediatiza todos os outros códigos’... O código direito/não direito (Recht/Unrecht) continua aqui existindo como código hierarquicamente mais

¹⁵ MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia, p. 91. Como exemplo privilegiado dessa afirmação tem-se a crise econômica mundial abordada no capítulo seguinte.

¹⁶ O termo sugere uma expressão muito utilizada na modernidade, especialmente nas últimas décadas do século XX, com a expansão furiosa da economia capitalista (globalização neoliberal), qual seja a *exclusão social*. O conceito de *exclusão social* comporta várias dimensões de tempo, lugar e contexto sócio cultural. “Por exemplo, um indivíduo pode estar excluído do mercado de trabalho mas não da possibilidade de garantir sobrevivência, pelo fato de existirem transferências relacionadas a um *welfare state*. Ou, ainda, pode estar excluído sob um aspecto justamente por estar incluído sob outro. Um exemplo disso seriam aqueles que, por terem sido levados a ingressar no mercado de trabalho muito cedo (inclusão), não desenvolveram as habilidades necessárias para conseguir bons empregos (exclusão).” DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 20-21. A exclusão social, portanto, por sugerir variadas possibilidades de interpretações deve estar relacionada ao entendimento sobre as concepções de pobreza que, por sua vez, pode estar vinculada, por exemplo, à integração num emprego, à dimensão econômica, ao vínculo à determinadas instituições, ao reconhecimento pelo próprio direito, conforme se delimitará adiante. Em relação à exclusão manifestada na má distribuição de renda no Brasil, explicitada, dessa forma, em grande quantidade de bolsões de miséria, com riqueza de dados estatísticos, v. SALES, Teresa. *Desigualdade Social e Pobreza no Brasil*. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 39, maio 1994, p. 163-179. Como um não *reconhecimento ético*, a exclusão, portanto, pode ser entendida como “acordos políticos que institucionalizam a privação, a elaboração e as disparidades brutas na riqueza, na renda e no lazer, negando assim a algumas pessoas os meios e oportunidades para interagir com os outros pares.” Cf. FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?* In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**, p. 126.

elevado para o sistema jurídico na esfera nacional: a saber, o código constitucional/inconstitucional. *Mas ‘para grupos populacionais excluídos essa questão tem reduzido a importância em comparação com o que a sua exclusão lhes impõe. Eles são tratados conforme o direito e o não-direito e comportam-se correspondentemente conforme o direito ou conforme o não direito, de acordo com as situações e as chances’.*¹⁷

Finalmente, o povo, ator e destinatário da política, sujeito constitucional não pode ser visto apenas como

‘Massas’ das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de ‘todo o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do *povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu.’¹⁸

4.1.1 A Modernidade Brasileira: o Desenvolvimento de uma “Cidadania Precária”, a Naturalização da Desigualdade e Seus Reflexos no(do) Campo Jurídico¹⁹

Caso seja possível olhar retrospectivamente para o *processo civilizatório* brasileiro e se estabelecer um momento inaugural da modernidade (diferenciada), um marco inicial poderia ser datado de 1808, com a transferência da família real portuguesa, quando se nota, então, a presença das duas práticas fundamentais mais importantes do mundo (ocidental) moderno: *Estado e mercado*²⁰. A partir disso, Souza, com aporte nas obras de autores como Florestan Fernandes e Gilberto Freire, constata a mudança lenta, mas radical, de um modelo de

¹⁷ MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia, p. 93-94. (Grifou-se)

¹⁸ Ibid., p. 100.

¹⁹ De acordo com Bourdieu, “a constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. A competência jurídica é um poder específico que permite que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a *forma* específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos.” BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 233. Explicitando um pouco mais essa categoria inicialmente concebida por Bourdieu: *campo jurídico*, de acordo com Dezalay e Trubek, se constitui em um conjunto de todas as personagens (praticantes, aplicadores da lei, guardiães da doutrina, educadores, reguladores morais) que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos lhe dão dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; a disputa, portanto, reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Cf. DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36-7.

²⁰ Sustentando essa última afirmação, por todos: WEBER, Max. **A gênese do capitalismo moderno**. Traduzido por Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006.

sociedade pré-moderna bastante diferente do modelo feudal pré-moderno europeu.²¹ E a principal consequência da importação de um modelo moderno-liberal “central”, imposta, foi a destruição de um sistema social cujas principais personagens eram senhores escravocratas, escravos e “dependentes”²².

Ademais, percebe-se que a noção jurídica de cidadania engendrada nas sociedades modernas centrais, apreendida enquanto componente existencial prévio da constituição da comunidade jurídico política, ergueu novos pressupostos de legitimação para o exercício do poder estatal e de seu respectivo discurso. De outra parte, nas sociedades periféricas nota-se a completa ausência desse expressivo alicerce valorativo prévio, calcado justamente na generalização da igualdade e da dignidade humana como pressupostos simbólicos do convívio intersubjetivos e das instituições modernas. De fato, inexistiam no cenário da modernidade periférica os mesmos ingredientes com os quais se fundaram e se difundiram as instituições e práticas modernas (centrais), o que afetou sobremaneira a sua adequada recepção, originando no campo jurídico das sociedades marginais uma forte limitação da incidência dos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *igualdade*.

Para melhor situar o leitor, faz-se uma breve ressalva de que em relação ao primeiro princípio, a sua abordagem será feita mais à frente, no capítulo IV, mais precisamente no item 4.2. Por hora, propõe-se a construção do sentido de *igualdade* para além das amarras da dogmática jurídica com o intuito de se alcançar um referencial que sirva de suporte para discussão de temas que perpassam a tese em diferentes momentos como: modernidade diferenciada, naturalização da desigualdade e cidadania.

Empreendido esse esclarecimento, recorre-se então ao pensamento de Alexis de Tocqueville, para quem a modernidade foi vista como um ininterrupto processo de afirmação da democracia e da universalização da igualdade. Sob esse viés, a distinção, realizada neste

²¹ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 101-49.

²² “Dependentes” ou “agregados” eram os indivíduos livres e de qualquer cor, cuja situação social estava marcada pela posição intermediária entre o senhor proprietário e o escravo obrigado a trabalhos forçados. Ele era um despossuído formalmente livre, cuja única chance de sobreviver era ocupar funções nas franjas do sistema como um todo. SOUZA, Jessé, op. cit., p. 122. Octávio Ianni, nessa esteira de raciocínio, por conseguinte, com respaldo nos estudos de Hélio Jaguaribe, afirma que “a sociedade brasileira está organizada e prejudicada pelo ‘dualismo social’. De um lado está ‘uma moderna sociedade industrial, que já é a oitava economia do mundo ocidental’. Do outro está ‘uma sociedade primitiva, vivendo em nível de subsistência, no mundo rural, ou em condições de miserável marginalidade urbana, ostentando padrões de pobreza e ignorância comparáveis aos das mais atrasadas sociedades afro-asiáticas’. A rigor, esta parece ser a origem do segmento ‘primitivo’ da sociedade nacional: ‘Não se levou em conta a necessidade de assistência especial, em matéria de educação e de outras facilidades, para incorporar os ex-escravos e suas famílias a condições aptas a lhes permitir o pleno desfrute da cidadania. A reprodução familiar da ignorância e da miséria manteve, assim, no curso das quatro gerações que nos separam da Abolição, o dualismo básico entre participantes e excluídos dos benefícios da civilização brasileira’. IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**. Bauru (SP): EDUSC, 2004, p. 111.

estudo, entre modernidade central e periférica (diferenciada) pretende essencialmente destacar que, enquanto nas sociedades centrais este percurso desenvolveu-se com êxito e logrou estender-se gradualmente a todos os estratos sociais, nas sociedades ditas periféricas, ao contrário, este caminho foi explorado de forma deficiente, incompleta, inacabada, ou nem sequer chegou a ser trilhado.

Na análise do autor supracitado, a “igualdade de condições” aparece como uma marca distintiva da moderna sociedade americana, “o fato essencial, do qual parecia descender cada fato particular”, transmitindo, pois, a “influência prodigiosa que essa realidade primária exerce sobre a marcha da sociedade; ela dá à opinião pública uma direção definida, uma tendência certa às leis, máximas novas aos governos e hábitos peculiares aos governados.” Ainda segundo o autor, o fato essencial da igualdade “estende a sua influência para muito além dos costumes políticos e das leis e que não tem menos domínio sobre a sociedade civil que sobre o governo; cria opiniões, faz nascer sentimentos, sugere práticas e modifica tudo aquilo que ele mesmo não produz”.²³

Dito de outra maneira, a igualdade aparece, nas sociedades modernas avançadas, como o imaginário simbólico sobre o qual se edifica a ordem social, política e jurídica. Todas as práticas e instituições orientam-se por esse horizonte simbólico, o qual institui os elos sociais possíveis. Sem os sentimentos criados pela “realidade primária” da igualdade, sem as opiniões e as práticas por ela agitadas ou sugeridas, não há qualquer possibilidade de constituição da comunidade.

Por isso, a distinção aqui trabalhada parece tão fundamental e oportuna. Isto porque, no contexto das sociedades modernas centrais, o valor conferido à igualdade aparece, indubitavelmente, como o de um elemento fundante de instituições e práticas associadas às emergências do capitalismo e do individualismo liberal. E é precisamente do fato da igualdade que deriva as visões do poder como expressão da soberania popular, a ideia elevada dos direitos políticos, o respeito pela lei e ainda o importante espírito público presente nas sociedades democráticas, em especial na sociedade americana, objeto de sua análise sociológica. Em suas palavras, o autor assinala que esses valores essenciais, ao derivarem da igualdade como fonte primária, permitem aos indivíduos sentirem-se membros efetivos da comunidade política, cidadãos dignos porque iguais na construção da vontade soberana. Afinal, afirma ele que

²³ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América** 4. ed. Traduzido por Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 11.

Nos Estados Unidos, cada qual tem uma espécie de interesse pessoal em que todos obedecem às leis, pois aquele que hoje não faz parte da maioria talvez esteja amanhã em suas fileiras; e esse respeito, que professa agora pelas vontades do legislador, em breve teria ocasião de exigí-lo para as suas. Ainda que a lei seja malsã, o habitante dos Estados Unidos submete-se a ela, por isso mesmo, sem dificuldade, não somente por ser obra da maioria, mas ainda por ser obra também sua; considera-a do ponto de vista de um contrato do qual é uma das partes.²⁴

Por outro lado, nas sociedades periféricas, ver-se-á mais detidamente, o fato da igualdade nunca efetivamente existiu como fonte (imaginária) da Constituição da comunidade. Jamais atuou como elemento capaz de gerar sentimentos, de sugerir práticas, de fundamentar a origem das instituições, e muito menos de modificar tudo aquilo que fosse contrário ao seu reconhecimento universal. De maneira oposta, o que há de fato nestas sociedades é a prevalência das hierarquias, das relações personalistas e de parentesco, da apropriação privada do público, da lei como expressão de privilégios, afinal da “naturalização da desigualdade” e da “construção social da subcidadania”.

Isso porque, o autor nota, claramente, que “as leis da democracia, em geral, tendem para o bem da maioria, pois emanam da maioria de todos os cidadãos, a qual pode enganar-se, mas não poderia ter um interesse contrário a si mesma. As da aristocracia tendem, ao revés, a monopolizar nas mãos de pequeno número a riqueza e o poder, porque a aristocracia sempre constitui, por sua natureza, uma minoria”. E desta crença enraizada na sociedade deriva a credibilidade do sistema democrático e do regime de direitos, posto que “reinava uma igualdade muito grande entre os emigrantes que se foram estabelecer nas praias da Nova Inglaterra. A própria semente da aristocracia jamais foi levado àquela parte da União”, e, portanto, “na América, o homem do povo concebeu uma idéia elevada dos direitos políticos, porque tem direitos políticos; não ataca os de outrem para que não se violem os seus”.²⁵

Na vida política e social da América, “o princípio da soberania popular jamais fica escondido ou estéril, como em certas nações; é reconhecido pelos costumes, proclamado nas leis; estende-se com toda liberdade e sem obstáculos atinge as suas últimas conseqüências”.²⁶

Esse aporte teórico na monumental obra **“A democracia na América”** não tem a pretensão de estabelecer um profundo paralelo entre sociedades que enfrentaram processos modernizadores distintos, todavia, conforme se pôde (e se poderá “naturalmente”) perceber, a

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**, p. 186. Todos os indivíduos na comunidade democrática são efetivamente portadores de direitos políticos. Assim, “na América, o homem do povo concebeu uma idéia elevada dos direitos políticos, porque tem direitos políticos; não ataca os de outrem para que não se violem os seus.” Ibid., p. 184.

²⁵ Ibid., p. 44 e p. 179-184.

²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 50.

breve abordagem da obra de Tocqueville, na pior das hipóteses, servirá para aclarar algumas aproximações teóricas que se depreende no deslinde da tese.

Assim, retornando-se à realidade pátria, a especificidade do processo de modernização de sociedade da *nova periferia*, como a brasileira, tem a ver antes com a *ausência* do que com a *presença* de uma organização social de uma tradição moral ou religiosa que pudessem, efetivamente, “esquematizar”²⁷ o impacto modernizante das práticas institucionais transplantadas como “artefatos prontos”.

Sobre o caráter diferenciado do processo modernizador brasileiro, é válido mencionar o seu perfil anacrônico e heterogêneo, apresentado por Gilberto Freire e assim, sintetizado por Jessé Souza:

Vale lembrar que o processo modernizador não se dá, obviamente, do dia para a noite, nem de forma homogênea em todas as regiões. Se do Rio de Janeiro, cidade que recebeu maior impacto modernizador na primeira metade do século XIX, Freyre afirma (...) que, em 1840, tudo que era burguesamente europeu já era percebido como “absolutamente bom”, enquanto tudo que era português e colonial já era tido “como absolutamente de mau gosto”, nas regiões do interior esse impacto foi, inicialmente, bem menor. Na verdade, o processo de modernização instaura uma dualidade marcada precisamente pelo impacto diferencial, nas diversas regiões, do influxo modernizante. A vitória definitiva do processo de modernização periférico brasileiro vai exigir não mais apenas o influxo exógeno, de “fora para dentro”, mas também, como resultado de lento processo de conscientização e luta política, um influxo endógeno “de dentro para fora”, ou seja, a formulação consciente e refletida de um projeto modernizador autônomo e nacional.²⁸

Os princípios liberais na sociedade brasileira pré-independência, despojados de suas raízes anticlericais e distantes do universo social e intelectual que fez do liberalismo europeu a ideologia negadora dos reais fundamentos da submissão do trabalho ao capital, adquiriram sentido predominantemente antimetropolitano, significando, quando muito, a luta contra os monopólios e privilégios instituídos pela coroa portuguesa.²⁹

Na verdade, o liberalismo se constituiu no Brasil como uma “linguagem comum” que permitia, no contexto intra-elites em que se deu a expansão negociada da ordem burguesa pátria, uma legitimação – ainda que de curto prazo e reduzido às parcelas privilegiadas da

²⁷ No sentido empregado por Jessé Souza, numa perspectiva Kantiana do termo, ou seja, a teoria ou visão de mundo adaptada às condições específicas de tempo e espaço e, ao mesmo tempo, imbricada com o imaginário social anterior. SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 95.

²⁸ Ibid., p. 145.

²⁹ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder**: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 33-4.

população – das demandas por respeito a contratos, instituição de uma ordem legal autônoma, uma estrutura representativa, ainda que extremamente restritiva.³⁰

Nesse diapasão, todas as reformas jurídicas ocorridas no Brasil buscavam, a todo custo, manter a integralidade e a unidade do país, acomodando os interesses conflitantes das minorias dominantes, sem, contudo, pelo menos, minimizar os problemas econômicos e sociais que afligiam a maior parte da população brasileira, pobre, desprovida da propriedade e alijada do poder³¹: uma massa de *subcidadãos*.

Em sua pesquisa – materializada na obra **A construção da subcidadania** (...) – Souza busca embasamento filosófico-político na obra de Charles Taylor, com interesse especial na questão do reconhecimento social cujo fundamento estaria na sedimentação da cidadania política e jurídica. Taylor, em sua *Política do Reconhecimento*, chama a atenção para a temática das condições sociais para o respeito e a autoestima, que são pontos centrais para a construção da *solidariedade*. Esta também chamada por Honneth de *estima social*³², fundamental, por sua vez, para a constituição de uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns. Essas matrizes teóricas servem para Jessé Souza propor a reflexão sobre como uma sociedade periférica, como a brasileira, é capaz de apresentar, num contexto formalmente democrático, aberto e pluralista, a formação de cidadãos de segunda e terceira classes.

Além disso, para se alcançar a noção de subcidadania, é preciso colher ainda subsídios teóricos na obra de Bourdieu³³ - que desmascara a “ideologia da igualdade de oportunidades” ao identificar que todas as sociedades produzem formas de travestir a dominação e esse fenômeno é encoberto pelo que ele denomina de capital simbólico -, a partir especificamente do conceito de *habitus*³⁴, interpretado por Souza como “um sistema de estruturas cognitivas e

³⁰ SOUZA, Jessé. **A Construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 146.

³¹ ADORNO, Sérgio, **Os aprendizes do Poder**, p. 51.

³² “A autocompreensão cultural de uma sociedade determina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme a medida em que cooperam na implementação de valores culturalmente definidos; nesse sentido, essa forma de reconhecimento recíproco está ligada também à pressuposição de um contexto de vida social cujos membros constituem uma comunidade de valores mediante a orientação por concepções de objetivos comuns. Mas se a estima social é determinada por concepções de objetivos éticos que predominam numa sociedade, as formas que ela pode assumir são uma grandeza não menos variável historicamente do que as do reconhecimento jurídico.” HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**, p. 200.

³³ Cf. também BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, capítulo I.

³⁴ Habitus pode ser entendido como “disposição geral e transponível”, capaz de realizar “uma aplicação sistemática e universal, estendida para além dos limites do que foi diretamente adquirido, da necessidade inerente às condições de aprendizagem: é o que faz com que o conjunto das práticas de um agente – ou do conjunto de agentes que são o produto de condições semelhantes – são sistemáticas por serem produto da aplicação de esquemas idênticos – ou mutuamente convertíveis – e, ao mesmo tempo, sistematicamente

motivadoras, ou seja, um sistema de disposições duráveis inculcadas desde a mais tenra infância que pré-molda possibilidades e impossibilidades, oportunidades e proibições, liberdades e limites de acordo com as condições objetivas.”³⁵ Assim, as disposições do *habitus* são pré-adaptadas às suas demandas, de maneira a pré-moldar e determinar a condição de *ser-no-mundo* do sujeito.

Assim, subcidadãos seriam aqueles indivíduos que detêm um *habitus precário*, ou seja, aquele tipo de personalidade e de disposições de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que - sejam indivíduos ou grupo social - possam ser considerados produtivos e úteis em uma sociedade do tipo moderna e competitiva, podendo gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas conseqüências *existenciais* e *políticas*. Em síntese, para Jessé Souza, *habitus precário* estaria abaixo do *habitus primário* (precondições sociais, econômicas, e políticas do sujeito útil, “digno” e cidadão) e do chamado *habitus secundário* (que está acima do *primário* e institui critérios classificatórios de distinção social a partir do que Bourdieu chama de “gosto”).³⁶

A ausência desse *ethos* moderno, capaz de cimentar as suas próprias práticas e instituições, constitui o pano de fundo para a explicação acerca do fenômeno da *naturalização da desigualdade* nas sociedades da nova periferia, como a brasileira. Assim como a ordem competitiva dos países centrais apresenta um discurso legitimador da desigualdade, internalizado sob o manto da legalidade e da igualdade formal, a ordem competitiva da sociedade brasileira “também tem a ‘sua hierarquia’, ainda que implícita, opaca e intransparente aos atores, e é com base nela, e não em qualquer ‘resíduo’ de épocas passadas, que tanto negros quanto brancos, sem qualificação adequada, são desclassificados e marginalizados de forma permanente”.³⁷

distintas das práticas constitutivas de um outro estilo de vida.” BOURDIEU, Pierre. **Distinção:** crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 163.

³⁵ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania:** Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 41, 43 e 44.

³⁶ Ibid., p. 167. Para Bourdieu: “As diferenças nas maneiras em que se exprimem diferenças no modo de aquisição – ou seja, na antiguidade do acesso à classe dominante – associadas, freqüentemente, a diferenças na estrutura do capital possuído, estão predispostos a marcar *as diferenças no âmago da classe dominante*, assim como as diferenças de capital cultural marcam as diferenças entre as classes. Eis a razão pela qual as maneiras – e, em particular, a modalidade da relação com a cultura legítima – são o pretexto de uma luta permanente, de modo que, nestas matérias, não existe enunciado neutro já que os termos designam as disposições opostas, podendo ser considerados encomiásticos ou pejorativos, conforme se adota a seu respeito o ponto de vista de um dos grupos opostos. Não é por acaso que a oposição entre ‘escolar’ (ou ‘pedante’) e ‘mundano’ encontra-se, em todas as épocas, no centro dos debates sobre o gosto e sobre a cultura: de fato, através de duas maneiras de produzir ou de apreciar as obras culturais, ela designa, com bastante clareza, dois modos de aquisição opostos e, pelo menos, para a época presente, duas relações diferentes com a instituição escolar.” BOURDIEU, Pierre. op.cit., p. 67.

³⁷ BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 162.

A “esquematisação” da sociedade brasileira, refletida nos rumos do Estado, estava preparada para favorecer uma determinada classe dominante e, no campo jurídico, as escolhas feitas em cada momento, entre interesses, valores, e visões do mundo diferentes ou antagonistas tinham poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o *ethos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dominantes.³⁸

Essa problemática é enfrentada na obra de Zaffaroni que, apesar de conduzir a sua discussão para o campo do direito penal, pode tranquilamente ser reaproveitada para todos os demais ramos do direito, em destaque o Direito Constitucional Dirigente, cujo principal objetivo é justamente transformar a realidade social para garantir, em última análise, que a precariedade das condições de vida (ausência de dignidade) não contribua como mais um motivo determinante de crimes praticados pela “*clientela* do direito penal”.

Para Zaffaroni, a (in)atividade dos operadores do direito deve ser entendida a partir de um sistema de exclusão social, cuja manutenção se dá por segmentos de magistrados, membros do Ministério Público e funcionários judiciais que são selecionados dentre as classes médias, não muito elevadas que criam expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto são conduzidos a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, recebem uma falsa sensação de poder e são levados a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e são isolados da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibiliza-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que Zaffaroni denomina de burocratização do segmento judicial.³⁹

Com efeito, esse processo de institucionalização e legitimação da ordem social por e a partir de um *habitus* peculiar se dá de forma completamente distinta nas sociedades modernas centrais e nas sociedades engendradas sob o influxo da expansão do racionalismo e do

³⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 242. No Brasil, Sérgio Adorno constata que “Desde a criação dos cursos jurídicos, o jus-naturalismo e os princípios básicos do liberalismo econômico e político introduziram-se pelos labirintos da vida acadêmica, expressando, enquanto ideologia capaz de representar os interesses, algo antagônico, dos homens brancos, livres e proprietários. Carregando em seu bojo o mesmo princípio que norteava a revolução descolonizadora – a liberdade e a luta permanente contra tudo que a contivesse e a cerceasse -, a vida acadêmica não comportou o aprendizado de uma militância política voltada para a democratização da sociedade brasileira”. ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**, p. 238.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 75.

capitalismo ocidentais. Especialmente quanto aos valores e princípios da igualdade e da dignidade humana, elementos intrínsecos à própria noção de cidadania, essas marcas distintivas são indelévels. Isto porque, no contexto simbólico das sociedades centrais a “igualdade não é um mero ‘direito’ que pode ser compensado por valores e práticas ‘benignas’ de assimilação e integração. Igualdade é o valor básico da modernidade ocidental, sendo a fonte de dignidade e reconhecimento individual em primeira instância”.⁴⁰

No transcurso histórico da modernidade brasileira, portanto, a disseminação massiva do *habitus* precário constitui o pano de fundo consensual que institucionaliza e legitima as práticas e as instituições modernas na sociedade brasileira, introduzindo uma perversa dinâmica de *invisibilidade pública* e *humilhação social*, na medida em que *naturaliza* posições de desigualdade, prevalência de privilégios, indiferenças cortantes em relação a inúmeros sujeitos e grupos sociais, estigmatizações e desumanizações permanentes, desfigurando de forma gritante tanto o sentido quanto a eficácia e incidência dos *princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana*.⁴¹

Ainda como um reforço elucidativo concernente aos termos sociológicos abordados acima (*invisibilidade pública* como desaparecimento intersubjetivo de um homem e *humilhação social* como expressão da desigualdade política)⁴², cabem as palavras de Gonçalves Filho, para quem a

⁴⁰ SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**, p. 250.

⁴¹ Sobre a abordagem do princípio constitucional da dignidade humana, reitera-se aqui a advertência feita há algumas páginas – a de que o tema será abordado no item 4.2, do capítulo 4. Quanto à igualdade, optou-se por acompanhar, no presente trabalho, o posicionamento filosófico-político-sociológico de Tocqueville, pela providencialidade de seu raciocínio que se encaixou perfeitamente no desenvolvimento das ideias que nortearam (e norteiam) a presente visão sobre a exclusão social simbólica e real no Brasil: a modernidade periférica (diferenciada) e a naturalização da desigualdade. Sobre o princípio da igualdade discutido no âmbito do direito constitucional, em vez de se divagar pela consagrada diferenciação entre o se aspecto formal e material repetida à exaustão nos manuais de Direito Constitucional (por todos: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 217-218), opta-se, neste momento, pela referência ao pensamento de Castanheira Neves cujo enfoque temático é, também, preciso e extremamente adequado para o perfil deste trabalho. Dessa forma, segundo Castanheira Neves: “(...) a definição de uma igualdade jurídica abstracta não pode considerar-se como fim último que a si se baste, mas tão só como um primeiro e relativo momento, como um instrumento e ponto de apoio para uma igualdade material que há de conseguir-se para além daquela através da complementar intervenção das outras duas dimensões. E desse modo o estatuto abstracto, sem pretender ser rígido e de determinação acabada, tem não só de aceitar os desenvolvimentos e a integração normativa de uma igualdade participada e constitutiva realização histórica do direito como terá ainda de sofrer as diferenciações e modificações concretas exigidas por uma material intenção de igualdade e justiça sociais. Com aqueles desenvolvimentos e integrações, por um lado, e estas diferenciações, por outro lado – sendo certo que aqueles primeiros se virão as mais das vezes a traduzir nestas segundas – se actuará, corrigirá e controlará a intenção de igualdade definida abstractamente, em termos de ela ter de se mostrar sempre materialmente justificada e real.” NEVES, Antonio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 142-143.

⁴² COSTA, Fernando Braga da. **Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social**. São Paulo: Globo, 2004, p. 63.

Invisibilidade pública é expressão que resume diversas manifestações de um sofrimento político: a *humilhação social*, um sofrimento longamente aturado e ruminado por gente das classes pobres. Um sofrimento que, no caso brasileiro e várias gerações atrás, começou por golpes de espoliação e servidão que caíram pesados sobre nativos africanos, depois sobre imigrantes baixo-assalariados: a violação da terra, a perda de bens, a ofensa contra crenças, ritos e festas, o trabalho forçado, a dominação nos engenhos ou depois nas fazendas e nas fábricas.⁴³

A violência material e simbólica faz com que, no Brasil, a humilhação social seja um sofrimento ancestral e repetido. Como ilustração dessa afirmação tem-se o relato de Fernando Braga da Costa materializado numa pesquisa empírica, com informações e experiências colhidas no decorrer de dez anos de convívio intenso, acompanhando e desempenhando os serviços diários - uniformizado inclusive - como e com os garis⁴⁴ da Prefeitura da Cidade Universitária da Universidade de São Paulo. Essa experiência foi muito além do romântico “conselho” de Carlos Drummond de Andrade a Mário de Andrade⁴⁵ de dialogar com “gente humilde”, pois, conforme fartamente relatado em sua obra, Braga sentiu *na pele* o tratamento dispensado pelos indivíduos abastados, intelectuais, autoridades, enfim, os *estabelecidos...*, aos “outros” (*outsiders*) que não compartilham qualquer tipo de *status social* positivo para uma sociedade patrimonialista-burguesa.⁴⁶ Em suma, o pesquisador/autor foi acometido temporariamente daquele mal que uma enorme parcela dos cidadãos(?) brasileiros sentem: do *sofrimento político*, o sentimento de engrossar a multidão de “subintegrados” no Brasil.

Esses sofrimentos políticos, conforme explica Gonçalves Filho, “não são enfrentados apenas psicologicamente, uma vez que são políticos.”⁴⁷ Contudo, paradoxalmente, não basta que os sofrimentos políticos sejam politicamente enfrentados porque são sentimentos. O enfrentamento do problema, portanto, deve ser político e psicológico.

⁴³ Cf. GONÇALVES FILHO, José Moura. Prefácio, In: COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis**: relatos de uma humilhação social. São Paulo: Globo, 2004. p. 21-22.

⁴⁴ “O ofício do gari parece acentuadamente atravessado por um fenômeno de gênese e expressão intersubjetivas: a *invisibilidade pública* – espécie de desaparecimento psicossocial de um homem no meio de outros homens. Bater o ponto, vestir o uniforme, executar trabalhos essencialmente simples (como varrer ruas, cortar mato, retirar o barro que se acumula junto às guias), estar sujeito a repreensões mesmo sem motivo, transportar-se diariamente em cima da caçamba de caminhonetes e caminhões em meio às ferramentas ou ao lixo são tarefas delineadoras do trabalho daqueles homens. Tarefas nas quais pudemos reconhecer ingredientes psicológicos e sociais profunda e fortemente marcados pela degradação e pelo servilismo. São atividades cronicamente reservadas a uma classe de homens subproletarizados; homens que se tornam historicamente condenados ao rebaixamento social e político.” COSTA, Fernando Braga da, op. cit., p. 57.

⁴⁵ “E então parar e puxar conversa com gente chamada baixa e ignorante! (...) Fique sabendo de uma coisa, se não sabe ainda: é com essa gente que se aprende a sentir e não com a inteligência e a erudição livresca”. ANDRADE, Mário de. **Carlos e Mário** – correspondência entre Carlos Drummond de Andrade e Mário de Andrade. Rio de Janeiro: Bem-te-vi, 2002, Carta 2, p. 48.

⁴⁶ Os termos *estabelecidos* e *outsiders* serão devidamente abordados mais adiante, o que não prejudica, desde já, a sua pré-compreensão contextual.

⁴⁷ GONÇALVES FILHO, José Moura. op.cit., 2004. p. 27.

A cura da humilhação social pede remédio por dois lados. Exige a *participação* no governo do trabalho e da cidade. E exige um *trabalho interior*, uma espécie de digestão, um trabalho que não é apenas pensar e não é solitário: é pensar sentindo e em companhia de alguém que aceite pensarmos juntos. Isto tende para o que Hannah Arendt descreveu como ato de *judgar*.

[...]

Das relações com depoentes e com a filosofia política (especialmente com o pensamento de Hannah Arendt), é possível propor a humilhação como um fenômeno público que acarreta impedimento da ação e da palavra. *Ação e palavra superam o âmbito da força, das interações mecânicas ou bem adaptadas e fundam cidadania, a reunião plural e igualitária: situação que põe o cidadão além de sua casa e orienta para a cidade, para outros cidadãos, fazendo superar a idiotia, a concentração em interesses privados.*

*O fato de que um homem agiu significa que instaurou o inesperado. Abriu um caminho novo. Começou o que ninguém entrevia de coisa alguma que tivesse ocorrido antes. Uma ação salva de existir no que nos foi impingido. Toda iniciativa sai de certas condições, foi preparada. Mas as condições e a preparação que influíram numa iniciativa não dariam por si mesmas em iniciativa sem um iniciador que tivesse proveito delas. Quem age mostra sua originalidade e chama atenção: a ação revela um sujeito.*⁴⁸

O *sofrimento político* tem a ver com o desprivilegiamento de todo um setor social, gerando, por igual, uma *pobreza política*.⁴⁹

Na esfera política, que é o *locus* privilegiado pela discussão na pesquisa ora materializada no presente texto, o que faz com que os homens se distingam em sua humanidade, e não apenas sejam diferentes, são o discurso e a ação, entendidos, por sua vez, como “(...) os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens.”⁵⁰ Segundo Arendt, a ação corresponde ao fato do nascimento na medida em que traz à tona a possibilidade/capacidade que o homem tem, enquanto igual (se não o diálogo não se estabeleceria), de apresentar as suas peculiaridades: em verdade, trata-se de outro (uma espécie de “segundo”) nascimento no qual se confirma e se assume o fato original e singular do aparecimento físico primeiro. Enquanto a ação se compreende como um *segundo nascimento*, “o discurso corresponde ao fato da distinção e é a

⁴⁸ GONÇALVES FILHO, José Moura. Prefácio, In: COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis**, p. 27 e 40. (Grifou-se)

⁴⁹ Hegel chama, nos seus ‘Lineamentos da Filosofia do Direito’, “(...) atenção ao fato de que o depauperamento econômico igualmente está vinculado a desvantagens avassaladoras no que toca à instrução e formação profissionalizante, à cultura, ao grau de informação, ao sentimento de justiça (...) e da auto-estima.” MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia, p. 92.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10 ed. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 189.

efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais.”⁵¹

Ao se referenciar a *esfera política*, no início do parágrafo anterior, assume-se aqui um significado amplo da expressão que pode ser melhor delineado pelo próprio objetivo da política que é a garantia da vida em suas diversas perspectivas possibilitando, dessa maneira,

Ao indivíduo buscar seus objetivos, em paz e tranqüilidade, ou seja sem ser molestado pela política – sendo antes de mais nada indiferente em quais esferas da vida se situam esses objetivos garantidos pela política, quer se trate, no sentido da Antigüidade, de possibilitar a poucos a ocupação com a filosofia, quer se trate, no sentido moderno, de assegurar a muitos a vida, o ganha-pão e um mínimo de felicidade.⁵²

“Como além disso”, complementa Arendt, “conforme Madison observou um dia, trata-se nesse convívio de homens e não de anjos, o provimento da vida só pode realizar-se através de um *Estado*, que possui o monopólio do poder e impede a guerra de todos contra todos.”⁵³

Por conseguinte, para se manter o fio condutor deste trabalho, bem como por impossibilidade de aprofundamento por razão temporal (o período que uma pesquisa em mais uma área requer) e por limites espaciais da própria tese (para se evitar que esta se torne inocuamente prolixa), dos dois tipos (psicológico e político) de enfrentamentos do *sofrimento político*, opta-se, a seguir, pela discussão em torno da questão política, aproveitando-se oportunamente a sugestão de Arendt no que diz respeito à indispensável presença do Estado para a persecução hermenêutica dos objetivos de determinada comunidade, no caso em tela de uma comunidade que se reconhece jurídica e politicamente como brasileira, uma *comunidade* que deve ser constantemente reinventada pelo/no Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, o *Constitucionalismo Comunitário no Brasil* pode ser entendido como um *novo* constitucionalismo que não pretende apenas projetar a “reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar, mas fundamentalmente” procura superar o positivismo legalista e cientificista desvelando um devido compromisso com o povo, influenciado por ideais comunitários, construindo “um fundamento ético à nova ordem

⁵¹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, p. 191.

⁵² Id. **O que é política?** 5. ed. Traduzido por Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 46.

⁵³ ARENDT, loc. cit. (grifou-se)

constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta”.⁵⁴

4.2 A MODERNIDADE SOB A ÓTICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO⁵⁵: A HISTÓRICA DESIGUALDADE SOCIAL E O INTERVENCIONISMO TENDENCIOSO: A AUSÊNCIA DE ESTADO DE DIREITO NO BRASIL

Em continuidade à linha desenvolvida até o item anterior, que culminou com o diagnóstico de Arendt que, por sua vez, invocou a determinante presença do Estado como principal instituição responsável pelo provimento da vida política na modernidade, enfrenta-se, a partir de agora, as peculiaridades do que foi (é) o Estado brasileiro na (pós?)modernidade⁵⁶.

Entretanto, antes de se prosseguir na temática específica do Estado brasileiro e suas peculiaridades modernas, é preciso que se apresente alguns pontos caracterizadores do que foi (é) o Estado na modernidade, para que se possa seguir no enfrentamento da temática com pelo menos alguns “acordos semânticos” sobre o que se pretende desenvolver/criticar.

⁵⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, p. 3-4.

⁵⁵ Segundo Max Weber, pode-se afirmar que só o Ocidente conhece o Estado no sentido moderno, com uma administração profissional, um funcionalismo especializado e um direito baseado no conceito de cidadania. Só o Ocidente conhece o direito racional, elaborado por juristas e racionalmente interpretado e aplicado. Ao contrário de outras formas de dominação política, como a carismática ou a tradicional, a dominação jurídica formal não está apenas associada a um determinado tipo de direito; ela é constituída por um direito racional. WEBER, Max. **A gênese do capitalismo moderno**, p. 60-61. Sobre a dominação racional legal, cf. WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, p. 128-41. In: COHN, Gabriel (org.). **Max Weber** - Sociologia. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 128-31. Sobre esse assunto, v. também SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 141-42.

⁵⁶ O recurso linguístico é utilizado para marcar a dificuldade do Estado brasileiro inserir-se numa pós-modernidade, tendo em vista que nem mesmo a modernidade - pelo menos nos moldes (universalizantes) europeus - fora por ele alcançada. Por isso, fala-se em modernidade tardia, diferenciada e periférica, conceitos definidos alhures.

4.2.1 O Estado Moderno em Sua Postura Jurídico Política numa Perspectiva “Generalizante”

Enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista⁵⁷, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando essa, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao Soberano, caracterizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*⁵⁸.

Essa noção de *Soberania*⁵⁹ é de suma importância para o projeto de construção do Estado moderno na medida em que pautará, com as devidas alterações ao longo da história, o controle social por meio do monopólio da produção jurídica. O Estado moderno pode ser convencionalmente apontado como aquele Estado no qual aparece unificado um centro de tomada de decisões, caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um determinado espaço geográfico-territorial.⁶⁰

Entretanto, na virada do século XVIII, a classe burguesa não mais se contentava em ter o poder econômico; queria sim, agora, tomar para si o poder político, até então, privilégio da aristocracia. A monarquia que outrora favorecera consideravelmente os interesses da burguesia nascente, mormente na área econômica, já não mais atendia aos anseios dessa classe ascendente, gerados pela extraordinária expansão capitalista da primeira idade do Estado moderno e, não obstante as manobras políticas para atender a tais reivindicações, sucumbe diante das novas forças sociais populares capitaneadas pela burguesia. Com isso, no

⁵⁷ O Estado moderno, em sua primeira versão, Absolutista, distinguia-se do modelo feudalista preponderante até então na Europa Ocidental, por três elementos principais: “Em primeiro lugar, institui-se uma separação entre uma esfera pública, dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera privada sob o domínio dos interesses pessoais. Em segundo lugar, o Estado Moderno dissocia o poderio político (poder de dominação legítima legal-racional) do poderio econômico (posse dos meios de produção e de subsistência), que se encontram reunidos no sistema feudal. E, para terminar, o Estado Moderno realiza uma estrita separação entre as funções administrativas e políticas, tornando-se autônomo da sociedade cível.” ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-27.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, cap. XVIII. (Coleção “Os Pensadores”)

⁵⁹ “Trata-se do conceito político-jurídico que possibilita ao Estado moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval de poder (...), em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado máxima unidade e coesão política. *O termo soberania se torna, assim, o ponto de referência necessário para teorias políticas e jurídicas muitas vezes bastante diferentes, de acordo com as diferentes situações históricas, bem como a base de estruturas estatais muitas vezes bastante diversas, segundo a maior ou menor resistência da herança medieval; mas é constante o esforço por conciliar o poder supremo de fato com o de direito.*” MATTEUCCI, Nicola. “Soberania”, p. 1179-88. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Traduzido por João Ferreira. 5. ed. Brasília: UNB, 2000, p. 1179-88. (grifou-se)

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 96.

cenário da França do século XVIII, marcadamente em 1789, a burguesia inaugura o seu poder político como classe.⁶¹

Na forma liberal burguesa de Estado, o direito passa a ser, por meio da burocracia estatal moderna, submetido à lei. Tal constatação encontra reforço nas palavras de Barretto, que entende que o “Direito do Estado liberal, concebido no contexto do contratualismo e centrado na propriedade, fechou-se no chamado império da lei e no formalismo jurídico abstrato (...)”.⁶²

Destarte, sob a ótica weberiana, a teoria política alcança o seu ponto alto recusando a ideia de finalidade da política ou do Estado⁶³, contrariando a noção difundida pelo pensamento clássico, na qual a comunidade política tem uma finalidade específica – o bem comum –, que consiste no conjunto de condições materiais e morais que permite a cada um dos seus membros alcançar o seu *telos*.⁶⁴

A burocracia e o Estado modernos, como esclarece Weber, advêm do processo de racionalização. A racionalização na administração, no direito e na política significa que os processos e as atividades que ocorrem nessas esferas da vida social foram submetidos à lei. Daí Weber intitular o tipo de dominação exercida no âmbito do Estado moderno de “dominação legal” ou “dominação racional-legal”, uma vez que todo poder, na sua titularidade e no seu exercício, está fundado em uma lei.⁶⁵

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 46-9.

⁶² BARRETTO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre Direitos Sociais”. Separata do **Boletim de Ciências Econômicas**. Coimbra, 2003, p. 6-7.

⁶³ WEBER, Max. “El Estado racional como asociación de dominio institucional com el monopolio del poder legítimo”, p. 1056-60. In: _____ **Economía y Sociedad**. Traduzido por José M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁶⁴ Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção “Os Pensadores”)

⁶⁵ Cf. WEBER, Max. “Os três tipos puros de dominação legítima”, p. 128-41. In: COHN, Gabriel (org.). **Max Weber - Sociologia**, p. 128-31. Ainda na visão de Weber, a lei é considerada, então, simplesmente um comando do soberano. Ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser “justa” ou “injusta” sem que isso afete a sua qualificação jurídica. Daí a noção weberiana de que, no positivismo jurídico, qualquer direito pode criar-se e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. Idem, *ibidem*. Habermas, analisando Weber, aduz, então, que o Direito passa a ser, precisamente, aquilo que um legislador político (independente de ele ser ou não, democraticamente, legitimado) delibera como direito, de acordo com um procedimento legalmente institucionalizado. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Traduzido por Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 14.

4.2.1.1 As Transformações do Estado na Modernidade: o Advento e a Crise do Estado Social (“Protetor”)

Utilizando-se como paradigma da modernidade, na Europa do século XVIII, a fase do Estado liberal, já delineada anteriormente, encontra seu marco histórico inicial na ascensão do *terceiro estado*, na Revolução burguesa de 1789, fortemente influenciada por Rousseau, cuja compreensão de emanção de poder pelo povo e para o povo foi extremamente importante para a coerência do pensamento liberal burguês da época, preconizado nas concepções teóricas de Montesquieu e Beccaria. Nesse viés, cabe frisar que a doutrina do contrato social tornou-se um importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se, exatamente, na tese de que o contrato social encontrava sua explicitação na Constituição.⁶⁶

Assim, Paulo Bonavides ensina:

Todas essas reflexões acerca do comportamento burguês que afixou ao *terceiro estado* o poder político, sobreleva de imediato a conclusão válida desta verdade histórica: onde quer que se inaugure no Ocidente o momento de limitação constitucional da autoridade, daí por diante se há de contar licitamente a formação do Estado burguês, liberal-democrático.⁶⁷

Como também já se salientou anteriormente, o Estado moderno de tipo liberal se caracteriza como um Estado pouco interventor, sendo apenas um garantidor da segurança e da liberdade individual. Cumpre esta tarefa graças à monopolização dos meios de violência física (exército e polícia) e do poder judiciário (direito e justiça). E o direito, nesta perspectiva, destina-se à proteção dos indivíduos contra a pretensão de interferência do Estado em sua vida privada. Seu projeto é o de garantir a livre circulação de ideias, das pessoas e dos bens, e acabar com a arbitrariedade. Tornam-se necessárias, por isso mesmo, regras gerais, abstratas e previsíveis.⁶⁸

Todavia, a partir do século XIX, percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos do Estado liberal, quando esse passa a assumir tarefas positivas de prestações públicas a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 46 e 49.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 75.

⁶⁸ ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**, p. 19-20.

no jogo sócio-econômico. A gradativa transformação ocorre a partir dos ideais liberais e dos movimentos de partidos liberais, que provocaram guinadas estruturais econômicas, políticas e sociais na Europa, impactando drasticamente a comunidade internacional: terminaram a escravidão e as incapacidades religiosas; garantiram-se a tolerância, a liberdade de imprensa, de manifestação e de associação; a educação foi estendida; o direito de voto ampliou-se – universalizou-se – até as mulheres; elaborações constitucionais limitando e responsabilizando os governos foram escritas. Por fim, no campo das liberdades, já nas décadas finais do século XIX, um novo componente emerge, a *justiça social*, e reivindicações igualitárias transformam as suas faces, fazendo iniciar a construção do modelo do Estado do bem-estar ou *Welfare State* e a consolidação das chamadas liberdades positivas.⁶⁹

O Estado social (ou providência) se desenvolveu, então, na raiz da Revolução Industrial. A redução da capacidade auto-reguladora da sociedade civil necessitou da intervenção do Estado na regulação da “questão social” (seguros, direito do trabalho, etc.) e da economia (política monetária, proteções contra a competição, etc.). O Estado social passou a ter, então, a missão de favorecer o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos, convertendo-se num instrumento de transformação e de regulação sociais.⁷⁰ “Na terminologia de Weber, o Estado moderno passou de uma associação ordenada (ideal do Estado liberal) para uma associação reguladora (O Estado social de direito). Habermas fala de capitalismo organizado pelo Estado.”⁷¹

Santos registra que o impacto do novo modo de regulação social no direito foi enorme, na medida em que a intensificação dos processos econômicos e sociais, levada a cabo pelo Estado, conduziu ao desenvolvimento de novos domínios no direito, como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito social. Mas as consequências dessas transformações nos domínios tradicionais do direito foram, também, importantes, sobretudo no direito constitucional e no direito administrativo. As Constituições deixaram de ser a concepção de um Estado burocrático e de um sistema político apertadamente definido para se transformarem num terreno de intermediação e negociação entre interesses e valores sociais conflitantes.⁷²

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 59.

⁷⁰ É importante notar que a implementação e o desenvolvimento aconteceram de forma diferenciada entre os países (como, por exemplo, entre os Estados Unidos e a França ou os países Nórdicos), podendo-se, todavia, “pretender que há características que lhe dão unidade, a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*”. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 24-5.

⁷¹ ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**, p. 17.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**, p. 149.

De um modo geral, enquanto o Estado tradicional (liberal) se sustentava na justiça comutativa, o Estado social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro elencava direitos sem se preocupar com seu conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos de conteúdo material; enquanto aquele era fundamentalmente um Estado legislador, este é, fundamentalmente, um Estado gestor (com predomínio de medidas legislativas de iniciativa do Poder Executivo).⁷³

O principal traço distintivo, portanto, entre o Estado liberal e o Estado social está no caráter (mais) intervencionista deste, sendo importante, contudo, ressaltar-se que, mesmo no auge do modelo liberal (não-intervencionista) de Estado, o total absentéismo nunca ocorreu, pois, na sua organização básica, a presença do poder de polícia para a manutenção da segurança burguesa era indispensável. Mas foram justamente os próprios aspectos do modelo liberal, juntamente com as transformações tecno-científicas e econômicas, que propiciaram o/a surgimento/ascensão do modelo social de Estado.⁷⁴

Em síntese, com François Ost, pode-se afirmar que o Estado moderno se identifica como um “Estado protetor”. No século XIX, esta proteção apresentou-se com um perfil “minimalista da garantia generalizada da sobrevivência” com um modelo de Estado liberal que deixou “à esfera privada as condições materiais de sobrevivência”. Por outro lado, no século XX, as pretensões do Estado se alargaram, “na medida em que ele toma a seu cargo, para além da sobrevivência, a garantia de uma certa qualidade de vida” (Estado providência ou Estado social).⁷⁵ Assim esclarece Ost, buscando a efetivação

Das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado social pretende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada. Nunca a solidariedade voluntarista terá sido levada tão longe, nunca a confiança no futuro – um futuro balizado pela ciência, obrigado pela lei e garantido por um contrato de seguro mútuo – terá sido tão forte.⁷⁶

⁷³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones Del Estado contemporâneo**. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 26-7.

⁷⁴ “En termos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial e postindustrial con sus nuevos e complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.” GARCÍA-PELAYO, *Ibid.*, p. 18.

⁷⁵ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 336-7.

⁷⁶ OST, *loc. cit.*

Todavia, dentre às diversas crises que afligem o Estado moderno⁷⁷, a do Estado social foi, principalmente nas últimas décadas do século XX, uma das mais marcantes para os países que apostaram nesse modelo. O Estado providência (assistencial) com sua promessa de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade entrou em crise. Como diagnóstica Ost,

A sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo que o medo regressa. A ‘sociedade do risco’ toma então o lugar do Estado-providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. É que o risco assume um outro rosto e uma outra escala, iludindo os instrumentos clássicos de prevenção.⁷⁸

O modelo de sociedade solidária, que deveria interagir com o Estado providência, para que este pudesse cumprir com as suas promessas, não se sustentou (ou, na verdade, sequer foi implementada) na modernidade ocidental.⁷⁹ Vale agora a lógica de uma sociedade individualista e, paradoxalmente, globalizada. De acordo com Rocha,

A transnacionalização é a união de dois pólos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos, pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata da possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a reinventar, uma vez mais, o *político* e o *Direito*.⁸⁰

E quando se ingressa numa sociedade globalizada (transnacionalizada ou pós-moderna), “o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada.”⁸¹

⁷⁷ Sobre as quatro crises do Brasil constitucional v. BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-55. Numa outra classificação, já mencionada, v. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 23-58.

⁷⁸ OST, François. **O tempo do direito**, p. 337.

⁷⁹ Como mostra Juremir Machado da Silva, em apresentação à tradução de Lipovetsky: “A solidariedade, mostra Lipovetsky, toma novas formas e ganha o planeta em campanhas humanitárias transmitidas pela televisão. Mesmo o humanitário, esse pensar nos outros, acontece sob a forma de espetáculo. Por que não? Já não se quer ser santo pela prática de boas ações. Pode-se admirar Madre Teresa de Calcutá sem querer viver como ela. Acabou a época da devoção absolutamente desinteressada. Nesta era da solidariedade espetacularizada, cada um faz da sua doação uma forma de ganho, de vibração, de visibilidade, talvez até de marketing.” In LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Traduzido por Armando B. Ara. Barueri (SP): Manole, 2005, p. XVII.

⁸⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004. p. 45. (Grifou-se)

⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001, p. 118.

O Estado social, também denominado por Morais de Estado Contemporâneo⁸², moldado a partir das transformações impostas e operadas pela incorporação da chamada *questão social* e que teve uma trajetória peculiar de dupla face na medida em que beneficiou a sociedade, também alavancou muitos setores estruturais do processo produtivo industrial. Ressalvam-se aqui as peculiaridades das experiências (inexistente para alguns) do Estado Social, conforme se notará no texto mais à frente. E é justamente em função de sua ampla proposta de transformação e intervenção na sociedade, associada a fatores externos (internacionais), como a globalização, que ocorre a *crise estrutural* desse modelo de Estado⁸³, que podem ser subdividida, sintetizadamente, assim:

(a) *crise fiscal-financeira*, que pode ser assinalada nos Estados desde o final da década de 1960, quando os primeiros sinais de receitas e despesas em descompasso, estas superando aquelas, podem ser percebidos. Este panorama agrava-se, nos anos subseqüentes, com as crises econômicas que assolam o mundo com a recessão, que causam um aumento desproporcional nas despesas públicas, obrigando o Estado a apelar para o aumento da carga fiscal ou a redução de custos via redução da atividade social;

(b) *crise ideológica*, ou crise de legitimidade, quando então as dúvidas em relação às possibilidades da poupança pública se estendem às formas de organização e gestão próprias do Estado Social;

(c) *crise filosófica*, que aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada no fundamento da *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior do conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas característicos deste modelo estatal.⁸⁴

Em relação ao Brasil e a todos os países periféricos e semi-periféricos, a crise é ainda mais dramática porque o Estado social foi um simulacro na medida em que sua

⁸² Morais, em sua obra, utiliza o “contemporâneo” para o Estado atual e “Contemporâneo” para o Estado social. Assim, permite-se estender as críticas tanto aos Estados que experimentaram, efetivamente, a sua forma social (países centrais), quanto aos Estados que não passaram por tal experiência (semi-periféricos e periféricos). Entende-se, portanto, ser mais adequado referir-se, atualmente, ao Estado brasileiro como *contemporâneo* em vez de outras nomenclaturas, como, por exemplo, a utilizada por Campilongo, *Estado pós-Social*, tendo em vista que, no Brasil, o Estado Social não foi realizado. Cf.: MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 15; CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, p. 30-51. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 30-51; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 66.

⁸³ “A desadaptação das intervenções do Estado devidas às transformações econômicas e políticas às quais se acrescenta a onda neoliberal, e anti-estatal, tem provocado um retrocesso e uma deslegitimação da regulação do Estado social.” ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**, p. 20.

⁸⁴ MORAIS, op. cit., p. 40-44. Sobre o modelo de Estado francês que, ao contrário do Brasil, ao menos em certo período, antes de adentrar num certo colapso, foi efetivamente social, v. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Traduzido por Joel P. Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

implementação foi altamente precária e insuficiente. Contudo as medidas tomadas, principalmente na última década do século XX – do governo Fernando Collor de Mello ao governo Luis Inácio Lula da Silva, passando por Fernando Henrique Cardoso, apontam para o “desmonte do Estado”, numa tentativa de reduzi-lo a um modelo “minimizado”, “enxuto”, sem nunca ter sido, de fato, generoso socialmente, tal qual o modelo francês, por exemplo.⁸⁵

No caso do Estado brasileiro, entende-se que a modernidade (além de tardia) foi um simulacro na medida em que se detecta a sua desfuncionalidade enquanto modelo Social, cuja postura intervencionista serviu para aumentar ainda mais as desigualdades⁸⁶; parcela expressiva dos mínimos direitos sociais não vem sendo cumprida; o projeto constitucional tão bem arquitetado em 1988 segue ineficaz em decorrência de uma “baixa constitucionalidade”⁸⁷; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes.

4.2.2 O Estado Moderno Brasileiro e a Sociedade dos Establishment e dos Outsiders⁸⁸

Preliminarmente, é importante destacar que, neste item, não se pretende aprofundar um estudo comparativo entre a abordagem que se depreende no transcurso desta tese e a pesquisa desenvolvida por Norbert Elias, durante três dos quase quarenta anos em que este sociólogo polonês residiu na Inglaterra, numa pequena cidade inglesa, com o auxílio do

⁸⁵ Como nota Bercovici, “*O Estado brasileiro, constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais.*” Cf.: BERCOVICI, Gilberto. “Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas”, p. 263-90. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 275. (Grifou-se)

⁸⁶ Fala-se aqui em desigualdades, gênero que engloba as “disparidades econômicas, políticas e culturais, envolvendo classes sociais, grupos raciais e formações regionais. Sempre põe em causa as relações entre amplos segmentos da sociedade civil e o poder estatal.” IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 103.

⁸⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, p. 189-90.

⁸⁸ Esses dois termos são emprestados da obra de Norbert Elias e John L. Scotson: “As palavras ‘stablishment’ e ‘stablished’ são utilizadas, em inglês, para designar grupos e indivíduos que ocupam posição de prestígio e poder. Um ‘stablishment’ é um grupo que se autopercebe e que é reconhecido como uma ‘boa sociedade’, mais poderosa e melhor, uma identidade social construída a partir de uma combinação singular de tradição, autoridade e influência: os established fundam o seu poder no fato de serem um modelo moral para os outros. Na língua inglesa, o termo que completa a relação é ‘outsiders’, os não membros da ‘boa sociedade’, os que estão fora dela. Trata-se de um conjunto heterogêneo e difuso de pessoas unidas por laços sociais menos intensos do que aqueles que unem os ‘stablished’. A identidade social destes últimos é de um grupo. Eles possuem um substantivo abstrato que os define como um coletivo: são o ‘stablishment’. Os outsiders, ao contrário, existem sempre no plural, não constituindo propriamente um grupo social.” Cf. A Apresentação à edição brasileira designada “A sociologia das relações de poder de Norbert Elias”, realizada por Federico Neiburg In: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L.. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 7.

inglês, o pesquisador John L. Scotson. Na verdade, conforme explicado na nota de rodapé feita para o subtítulo deste item, aproveita-se, no presente trabalho, alguns poucos, mas extremamente ricos, subsídios teóricos - como os termos estabelecidos (*established*) e *outsiders* - de uma pesquisa eminentemente empírica realizada pelos dois autores mencionados.

A cidade industrial do interior da Inglaterra, onde os autores desenvolveram a pesquisa de campo, apesar de ser formada por uma comunidade relativamente homogênea sob a ótica de qualquer “estrangeiro” que a observasse de fora, não o era assim considerada na percepção dos que ali moravam. Winston Parva (nome fictício da cidade), era, na visão de seus moradores, um povoado que “estava claramente dividido entre um grupo que se percebia, e que era reconhecido, como establishment local e um outro conjunto de indivíduos e famílias outsiders.”⁸⁹

Os autores conseguem, em sua obra, descrever então “a diferença e a desigualdade social como relações entre estabelecidos e outsiders.” Para aquele povoado, então, os primeiros seriam “os guardiães do bom gosto no campo das artes, da excelência científica, das boas maneiras cortesãs (...)”, seriam, enfim, “a minoria dos melhores”, fundando “a sua distinção no poder em um princípio de antigüidade: moravam em Winston Parva muito antes que os outros, encarnando os valores da tradição e da boa sociedade.” Já os outros (*outsiders*) “viviam estigmatizados por todos os atributos associados com a anomia, como delinquência, a violência e a desintegração.”⁹⁰

Como já afirmado, não obstante o incontestável valor científico da pesquisa empírica de Elias e Scotson, o problema se transfere aqui a partir dos aportes teóricos expostos pela obra para a leitura da realidade social brasileira, na qual se detecta uma comunidade, nem um pouco homogênea, fortemente marcada pelas discrepâncias de todas as ordens possíveis (sociais, econômicas, culturais, dentre outras...), marcada também por uma minoria *estabelecida* (“**Os Donos do Poder**”, conforme aduz Faoro, abordado sinteticamente um pouco a frente) e uma enorme parcela de *outsiders*, entendidos também como *subcidadãos* (cidadãos de segunda classe, de uma “estirpe” inferior)

A partir disso, portanto, é possível mapear-se, respeitando-se os limites espaciais e metodológicos de uma tese na área jurídica, a triste realidade social brasileira - cujas características precárias se acirraram no decurso de uma diferenciada modernidade - que

⁸⁹ NEIBURG, Federico. A sociologia das relações de poder de Norbert Elias. In: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L.. **Os Estabelecidos e os Outsiders**, p. 7, Apresentação à Edição Brasileira.

⁹⁰ NEIBURG, loc. cit. Sobre a distinção social pelo “gosto”, v. BOURDIEU, Pierre. **Distinção: crítica social do julgamento**.

(ainda) necessita de um Estado atuante por meio de regras que tracem objetivos em busca da transformação do *status quo*. Dito de outra forma, pretende-se aqui entender como os subcidadãos aparecem em suas *configurações*⁹¹ forjadas por valores liberais modernos.

Nessa perspectiva, o enfrentamento da questão requer um olhar sobre a história da sociedade brasileira que, nas palavras de Ianni,

Está permeada de situações nas quais um ou mais aspectos importantes da questão social estão presentes. Durante um século de “república”, compreendendo a oligárquica, a populista, a militar e a nova, essa questão se apresenta como um elo básico da problemática nacional, dos impasses dos regimes políticos ou dilemas dos governantes. Reflete disparidades econômicas, políticas e culturais, envolvendo classes sociais, grupos raciais e formações regionais. Sempre põe em causa as relações entre amplos segmentos da sociedade civil e o poder estatal.⁹²

Por isso, arremata o autor:

Desde o declínio do regime de trabalho escravo, ela passou a ser um ingrediente cotidiano em diferentes lugares da sociedade nacional. A despeito das lutas sociais que envolve, e das medidas que se adotam em diversas ocasiões, para fazer face a ela, continua a desafiar os distintos setores da sociedade. Ao longo das várias repúblicas formadas desde a Abolição da Escravatura e o fim da Monarquia, a questão social passou a ser um elemento essencial das formas e movimentos da sociedade nacional. As várias modalidades de poder estatal, compreendendo o autoritarismo e a democracia, defrontam-se com ela. Está presente nas rupturas políticas ocorridas em 22, 30, 37, 45 e 64, para mencionar algumas. Dentre os impasses com os quais se defronta a Nova República iniciada em 1985 destaca-se também a relevância da questão social. As controvérsias sobre o pacto social, a toma de terras, a reforma agrária, as migrações internas, o problema indígena, o movimento negro, a liberdade sindical, o protesto popular, o saque ou a expropriação, a ocupação de habitações, a legalidade ou a ilegalidade dos movimentos sociais, as revoltas populares e outros temas da realidade nacional, essas controvérsias sempre suscitam aspectos mais ou menos urgentes da questão.⁹³

Dito isso, para se evoluir no enfrentamento da temática, é preciso estabelecer-se um breve diagnóstico sobre a formação do Estado “republicano” que se desenvolve no Brasil

⁹¹ “A base factual da controvérsia relativa aos valores é bem simples. Os indivíduos sempre aparecem em configurações e as configurações de indivíduos são irredutíveis. Fundamentar a reflexão num único indivíduo, como se, a princípio, ele fosse independente de todos os demais, ou em indivíduos isolados, aqui e ali, sem levar em conta as suas relações mútuas, é um ponto de partida fictício, não menos persistente, digamos, do que a suposição de que a vida social baseia-se num contrato firmado por indivíduos que, antes dele, viviam sozinhos na natureza, ou juntos numa desordem absoluta. Dizer que os indivíduos existem em configurações significa que o ponto de partida de toda a investigação sociológica é uma pluralidade de indivíduos, os quais, de um modo ou de outro, são interdependentes. Dizer que as configurações são irredutíveis significa que nem se pode explicá-las em termos que impliquem que elas têm algum tipo de existência independente dos indivíduos, nem em termos que impliquem que os indivíduos, de algum modo, existem independentemente delas.” ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L.. **Os Estabelecidos e os Outsiders**, p. 184.

⁹² IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 103.

⁹³ *Ibid.*, p. 103-104.

desde o final do século XIX. Por conseguinte, cabe ressaltar que as propostas liberais trazidas pelas ideias iluministas europeias⁹⁴ estavam longe de se desenvolverem como ocorria no “velho continente”, em razão das diferenças (brutais) referentes aos modelos de sociedades, aos interesses predominantes, às crenças religiosas e ideológicas.

Em relação à postura do Estado em civilizações que se formaram no rastro do capitalismo central, como foi o caso da brasileira, de suma importância se faz, neste momento, a abordagem da peculiaridade do (não) intervencionismo estatal. E a importância se dá, principalmente, para a caracterização, num momento posterior, da crise do (inexistente para os países periféricos e semi-periféricos) Estado social. É nesse sentido que Mayorga, estudioso da “modernidade” latino-americana, afirma que

A América Latina, onde o Estado de Bem-Estar jamais chegou a estabelecer-se e consolidar-se como na Europa social democrática, tem agora menos perspectivas de desenvolvimento do que há décadas atrás e os processos de redemocratização em andamento encontram-se num contexto de crise econômica generalizada, não havendo capacidade para resolver os problemas da acumulação, a distribuição equitativa dos benefícios econômicos e, simultaneamente, democratizar o Estado.⁹⁵

A modernidade no Brasil formou-se a partir de uma “esquematização” capaz de comportar peculiaridades sociais, políticas, econômicas e jurídicas diferenciadoras das Nações Centrais, onde projetos sociais interventivos foram efetivamente implementados pelos Estados. As transformações estatais que ocorreram nas Nações Europeias e, também, nos Estados Unidos não se processaram de forma semelhante na periferia do capitalismo.

O projeto de construção de uma nação sob o poder de um Estado soberano (imposta de fora) no Brasil, como resta demonstrado pela vasta doutrina brasileira sobre o assunto⁹⁶, foi marcada, em síntese, pela brutal apropriação do espaço público pelo interesse privado⁹⁷ por

⁹⁴ “A historiografia identifica quatro movimentos como responsáveis pela introdução, difusão e absorção cultural do ideário liberal no Brasil. Tratam-se da formação dos intelectuais brasileiros em Coimbra, da participação das sociedades secretas no movimento emancipatório, do envolvimento dos clérigos com a maçonaria e da proliferação dos movimentos separatistas.” ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**, p. 41-2.

⁹⁵ MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización. In: *Imágenes desconocidas*, Buenos Aires, Clacso. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 73.

⁹⁶ Para tanto basta referenciar nomes consagrados, clássicos do pensamento sociológico-antropológico-político na formação da modernidade brasileira tais como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Oliveira Vianna, dentre outros.

⁹⁷ Sobre a preponderância do interesse privado de alguns (poucos) em detrimento da real finalidade republicana do Estado na modernidade tardia brasileira do século XX, Faoro - cuja pesquisa remonta à chegada do *Estado português* no Brasil até a era Vargas - resume o período de ascensão e sedimentação do *patrimonialismo* da seguinte forma: “De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O

alguns favorecidos pela esquematização da desigualdade político-jurídico-social. O achatamento dos anseios sociais pela imposição de um modelo estatal de “fora para dentro” contribuiu para a manutenção de uma “consciência moral pré-nacional”, que, por sua vez, pode ser ilustrada pelo seguinte trecho de outra obra de Elias:

A formação tradicional da consciência moral, a ética tradicional de apego à antiga unidade de sobrevivência, representada pela família ou clã – em suma, o grupo mais estreito ou mais amplo de parentesco –, determina que um membro mais abastado não deverá negar nem mesmo aos parentes distantes uma certa medida de ajuda, caso eles a solicitem. Assim, fica difícil para altas autoridades de uma nação recém-independente recusar apoio a seus parentes quando eles tentam conseguir um dos cobiçados cargos estatais, mesmo subalternos. Considerada em termos da ética e da consciência das nações mais desenvolvidas, essa nomeação de parentes no preenchimento de cargos estatais é uma forma de corrupção. Em termos de consciência moral pré-nacional, ela constitui um dever e, uma vez que todos a praticam na luta tribal tradicional pelo poder e pelo *status*, uma necessidade. Na transição para um nível de integração, portanto, há conflitos de lealdade e consciência que são, ao mesmo tempo, conflitos de identidade pessoal.⁹⁸

Conectando-se à essa ideia, é possível invocar a análise de Sergio Buarque de Holanda que aponta como uma das principais características das sociedades que sofreram a colonização ibérica foi a “repulsa firme a todas as modalidades de racionalização e, por conseguinte, de despersonalização”⁹⁹. As relações intersubjetivas eram firmemente marcadas por laços de amizade, sendo esta prática levada do âmbito privado para o público e daí as consequências danosas que até nos presente dias se pode verificar. O Estado, com isso, conforme Elias denunciara acima, passou a ser encarado como uma ampliação do círculo familiar, no qual passaram a preponderar interesses particularistas.¹⁰⁰

capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência do capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiá nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. (...) Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.” FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 819 e 824.

⁹⁸ ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Traduzido por Michael Schröter. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 147-8.

⁹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 133.

¹⁰⁰ Como exemplo recente desse ranço cultural que se arrasta até os dias atuais, tem-se a discussão sobre a possibilidade de ocupantes de cargos públicos, que possuem poderes para isto, nomearem parentes para

Os *indícios* de “atuação”, visando ao *bem comum republicano*¹⁰¹ por parte do Estado brasileiro, remontam ao modelo (autoritário) reformador de 1930, que lança as bases de profundas transformações na economia – com ênfase na indústria de base e na construção de infra-estrutura para o crescimento capitalista em grande escala – e na política, com alargamento da ínfima participação então existente, alternando períodos de democracia formal plena e autoritarismo. Contudo, com relação à intervenção social por parte do Estado com, pelo menos, a intenção de se transformar a sociedade, percebe-se a ineficiência e, pior, a contribuição para a intensificação do processo de crescimento do abismo social no Brasil.¹⁰² Assim, o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria contribuir diretamente para o crescimento do Brasil, melhorando seus indicadores sociais, foi pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/proveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando os monopólios e os oligopólios da economia com o capital internacional.¹⁰³

“cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo de comissão ou de confiança, etc...”. Trata-se do chamado nepotismo, prática “incorporada à cultura nacional” que vem, desde a instituição do Estado monárquico brasileiro até a instituição da República, deturpando a teoria e a prática do Estado, de 1988 em diante, Democrático de Direito. Nesse sentido, a discussão se acalorou no âmbito das instituições e da própria sociedade, a partir da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça, em 2006, transformada em Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal em 2008 (Súmula nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”). Não obstante isso, a discussão ainda vem se arrastando e não é difícil encontrar, nos “quatro cantos” do país, sinais de manutenção desta prática deplorável e mais, de 2008 em diante de desrespeito ao Supremo Tribunal Federal. O exemplo disso aparece “desde cima” conforme fartamente relatado na imprensa: “O presidente do Senado, Garibaldi Alves (PMDB-RN), cobrou nesta quarta-feira o cumprimento de decisão da Mesa Diretora da Casa para que os senadores demitam os parentes que trabalham no Congresso. (...) O senador Mozarildo Cavalcanti (PTB-RR) defendeu abertamente que parte dos cargos em seu gabinete fosse destinado a familiares. Como determinação da Mesa, no entanto, os senadores ficam obrigados a exonerar parentes.” Notícia colhida do site do Jornal **Folha de São Paulo**, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fohla/brasil/ult96u443388.shtml>>. Acesso em: 05 de out. 2008.

¹⁰¹ “(...) o bem comum republicano, no quadro da legitimidade política moderna, aponta sempre para o futuro. A república preserva os bons valores e as boas instituições já existentes na sociedade, mas procura sempre transformá-la em função de certos objetivos considerados fundamentais. O espírito republicano é uma exigência permanente de aperfeiçoamento ético da comunidade. É no sentido desse processo de permanente otimização da vida em sociedade, que deve ser entendida a noção de desenvolvimento nacional e mundial. Ele se orienta, sempre, em função de três objetivos fundamentais: o crescimento econômico sustentável, a equalização das condições básicas de vida para todos e a participação efetiva do povo nas grandes decisões políticas.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 621.

¹⁰² Cf. SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**, p. 153-188.

¹⁰³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 24-32.

Na verdade, partindo-se da afirmação de Vieira de que “o Estado social no Brasil foi (é) um simulacro”, difundida por Lenio Streck¹⁰⁴, sugerem-se algumas ressalvas importantes para não se confundirem, conforme já afirmado alhures, erroneamente, as transformações/evoluções ocorridas nos Estados Europeus com as (in)ocorridas no cenário nacional brasileiro.

Em suma, contrariando a proposta (oficial) de transformação da sociedade, o intervencionismo estatal, a partir do século XX, mais especificamente em sua primeira metade¹⁰⁵, contribuiu, de fato, para a sedimentação da *subcidadania*, ampliando-a e transformando-a num *fenômeno de massa* no Brasil. No período que compreendeu o início da “proposta oficial” de crescimento retro-citado e o fim da ditadura militar no Brasil, Ianni demonstra com dados estatístico que o “boom” econômico realmente aconteceu, todavia a desigualdade, manifestada na má distribuição de renda manteve-se lamentavelmente presente na história desse período:

Vejamos o que se diz em um documento governamental. Desde os anos 30, e mais ainda a partir dos 50, o poder público investiu largamente na expansão e diversificação da economia. Mobilizou recursos para transportes geração e fornecimento de energia, comunicações, serviços de infra-estrutura urbana. ‘Investiu diretamente na produção de insumos considerados estratégicos para a produção do desenvolvimento industrial’, como no caso da siderurgia e do petróleo, da mineração e dos transportes. Em geral, ‘através de empresas estatais ou de associações destas com o capital nacional e estrangeiro’. Cresceram a urbanização, a industrialização e as exportações de manufaturados, além das exportações de matérias-primas e gêneros. ‘As dimensões da economia brasileira cresceram catorze vezes, entre 1940 e 1980’. Tanto assim que ‘a economia brasileira hoje é industrializada, moderna, diversificada’. E a renda per capita passa de 160 para 2.100 dólares.¹⁰⁶

¹⁰⁴ A expressão “modernidade no Brasil como um simulacro” foi cunhada por José Ribas Vieira, que a utiliza em sua obra, **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. Encontra-se em algumas publicações de Lenio Luiz Streck, dentre as quais, pode-se citar **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**.

¹⁰⁵ “Um viajante norte-americano da década de 20, irritado e furioso, caricaturou, forçando as linhas e as cores, o quadro que supusera ver. ‘Existe no Brasil’ – clama o profeta puritano – ‘uma massa desarticulada a que chamarei *povo*. É completamente analfabeta. Por isso, não tem padrão próprio de agricultura, zootecnia ou arquitetura. (...) Tem uma idéia muito vaga do resto do mundo a que alguns chamam englobadamente de *Paris*. Não toma parte na administração pública. Desprovida de terras; em sua maioria, trabalhando por conta de outrem: o patrão ou chefe político. Existe porém’ – continua cada vez mais irado – ‘outra classe altamente articulada a que chamarei *traidores do povo*. São letrados, capazes de compor frases sonoras. (...) Conhecem o conforto das moradias arejadas. Sabem muito mais a respeito do resto do mundo que de seu próprio país. O governo é a missão para a qual julgam ter nascido.’ No exagero das cores, filtra-se uma conseqüência: o povo quer a proteção do Estado, parasitando-o, enquanto o Estado mantém a menoridade popular, sobre ela imperando. No plano psicológico, a dualidade oscila entre a decepção e o engodo.” FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**, p. 832.

¹⁰⁶ IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 105.

Todavia, complementa Ianni, valendo-se de dados publicados pelo Jornal **Folha de São Paulo**, no início da redemocratização do Estado brasileiro (1985):

A distribuição permaneceu marcadamente desigual. Das pessoas que recebiam renda, os 40% mais pobres detinham 9,7% da renda total, enquanto os 10% mais ricos detinham 47,9% - esse é o problema da pobreza no Brasil. Mesmo após 45 anos de progresso e desenvolvimento acelerado, cerca de 50 milhões de brasileiros sofrem as dificuldades agudas da fome, desnutrição, falta de habitação condigna e de mínimas condições de saúde.¹⁰⁷

Nesse diapasão, àquela altura, o discurso da expansão econômica já era difundido, como hoje ainda o é, mascarando para “baixo do tapete” a sujeira da desproporção da distribuição de renda. Era desta forma que alertava Jaguaribe:

A sociedade brasileira caracteriza-se pela maior discrepância existente no mundo entre seus indicadores econômicos sociais. Aqueles, situando o Brasil como oitava potência econômica no mundo ocidental, se aproxima dos níveis dos países industrializados na Europa, enquanto indicadores sociais se aproximam do nível dos países menos desenvolvidos do mundo afro-asiático.¹⁰⁸

Como conclusão, o cenário desafiador encontrado, desde meados da década de oitenta do século passado, pelo constitucionalismo dirigente, que, por sua vez, intenta traduzir os anseios de transformação social ou ao menos de amenização de tamanha desproporção na distribuição dos bens constitucionalmente assegurados, é o de uma sociedade em movimento que se apresentava

Como uma vasta fábrica das desigualdades e antagonismos que constituem a questão social. Isto é, a situação social de amplos contingentes de trabalhadores fabrica-se precisamente com os negócios, a reprodução do capital. As dificuldades agudas da fome e da desnutrição, a falta de habitação condigna e as precárias condições gerais de saúde são produtos e condições dos mesmos processos estruturais que criam a ilusão de que a economia brasileira é moderna, ou de que o Brasil já é a oitava potência econômica do mundo ocidental e cristão.¹⁰⁹

O cenário de abismo social que se agravou no decorrer do século XX, chega à última década deste e no início do século XXI com alguns indicadores de diminuição dessa diferença. Todavia, o precipício que surgiu entre a minoria detentora da riqueza e uma

¹⁰⁷ SAYAD, João. Diretrizes gerais de política econômica, publicação da Folha de São Paulo, 18 de maio de 1985, sob o título: Seplan divulga o 4º Plano Nacional de Desenvolvimento. In: IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 105.

¹⁰⁸ JAGUARIBE, Hélio; *et al.* **Brasil, 2000: para um pacto social**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 187.

¹⁰⁹ IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 107.

maioria assolada pela pobreza é tão profundo que, mesmo com alguns indicadores favoráveis à boa distribuição de renda e à melhoria das condições de vida dos (sub)cidadãos brasileiros, ainda sim o quadro social brasileiro hodierno no quesito distribuição de renda (desigualdade social) é desolador¹¹⁰.

¹¹⁰ A seguir os dados colhidos da pesquisa científica apresentada na Universidade de Coimbra (SANTOS, Marcelo Paiva dos. A democracia no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (Portugal), 2007.), que demonstram uma certa melhoria, todavia frágil, lenta e inconsistente. O “(...) Brasil recebeu destaque negativo em estudo do BIRD (Banco Mundial). O país foi apresentado (...) como um dos mais desiguais do mundo e envolto no que a instituição chamou de ‘inequality trap’ (armadilha da desigualdade. Campeão da desigualdade social na América Latina, o Brasil só está melhor hoje do que quatro países africanos (Suazilândia, República Centro-africana, Botswana e Namíbia), segundo o Bird. Pior: o Brasil reúne quase todos os ingredientes possíveis citados pelo estudo ‘Equidade e Desenvolvimento’ para continuar perpetuando essa situação. (...) A ‘armadilha da desigualdade’, segundo o Bird, dá-se quando a elite econômica e política se perpetua no poder, criando mecanismos financeiros e legislativos para manter o comando e obter vantagens. Um exemplo clássico no caso brasileiro seria quando o Poder Legislativo ou o Judiciário aumenta os próprios salários ou se recusa a cortar ganhos previdenciários incompatíveis com o resto da sociedade. O Bird cita outros exemplos, desde casamentos constantes entre filhos de uma mesma elite política e empresarial à falta de financiamentos em condições iguais para ricos e pobres.” Cf. CAZIAN, F.. Brasil não só está entre os 4 países mais desiguais em Estudo do Banco Mundial como tem mecanismos para perpetuar a situação. Bird vê ‘armadilha da desigualdade’ no país. **Folha de São Paulo**, 21 de set. 2005. Apesar da posição de destaque do Brasil na América Latina em relação à desigualdade, é de se apontar que o país tem, ainda que de forma lenta, alterado seu perfil atinente à questão da concentração de renda, conforme dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD -, realizada pelo IBGE. Segundo os dados apresentados pela referida pesquisa, “A concentração de renda no país caiu em 2004, (...) e atingiu o melhor resultado desde 1981. Isso ocorreu porque o rendimento dos 5% mais ricos caiu (1,6%) enquanto o dos 50% mais pobres subiu 3,2%. Segundo o estudo do IBGE, a renda média (R\$ 733) parou de cair após seis anos e não variou em relação a 2003, mas o nº de empregos cresceu 3,3%, com mais de 2,7 milhões de ocupados. O desemprego caiu de 9,7%, o equivalente a 8,2 milhões de desocupados. (...) O índice Gini, que avalia a concentração de renda, passou de 0,554 em 2003 para 0,547 em 2004 (quanto mais perto de 1, mais desigual é o rendimento; quanto mais próximo de zero, melhor é a distribuição). Esse é o melhor resultado desde 1981. Desde 1993, esse indicador de distribuição de renda no país mantém uma tendência constante de melhora, mas essa evolução aconteceu, de um modo geral, à custa da queda de rendimento dos mais ricos. De 1996 a 2004, a renda média dos 10% com maiores ganhos caiu 22,7%. (...) No mesmo período, o rendimento médio dos 50% de trabalhadores com menor renda teve uma queda menor, de 4,3%.” Cf. GOIS, A.; SOARES, P.. Rico empobrece, e desigualdade diminui. Renda média continuou estagnada em 2004, porém mais abonados perderam e pobres ganharam um pouco, diz pesquisa do IBGE. **Folha de São Paulo**, 26 de nov. 2005. A PNAD de 2005 confirmou a tendência de redução da desigualdade no Brasil, pois o índice de Gini das rendas do trabalho apresentou um pequeno recuo, de 0,547 para 0,544, configurando-se como o mais baixo desde 1981. A pesquisa demonstrou que está havendo um aumento de 4,9% entre os 10% mais ricos do Brasil enquanto entre 50% mais pobres o aumento foi de 7,6 em 2005, o que demonstra que a desigualdade caiu em razão do ganho dos mais pobres. Na faixa de renda que compreende o valor do salário mínimo, o percentual de aumento de renda apresentou uma alta de 10,3%. Se a análise se voltar para a renda que inclui os rendimentos decorrentes de pensões ou programas de transferências de renda, o crescimento da renda foi de 14,8%. Pela primeira vez, desde 1996, houve o crescimento da renda no Brasil. Neste sentido ver: GOIS, A.; LAGE, J.. Renda aumenta pela primeira vez desde 1996. **Folha de São Paulo**, 16 de set. 2006. Apesar dos resultados positivos na queda da desigualdade, os últimos dados apresentados pela última pesquisa nacional por amostra de domicílios – PNAD – demonstrou que houve uma redução do índice Gini de 0,6 entre 2004 e 2005. Isto representou o pior desempenho desde 2001. O índice de Gini que era de 0,5886 em 2003, caiu para 0,5717 em 2004 e 0,5680 em 2005. Para tanto ver: SALOMON, M.. Queda da desigualdade de renda perde fôlego. **Folha de São Paulo**, 5 de nov. 2006.”

Esse panorama de “dualismo moderno” acaba por apresentar um paradoxo da modernidade brasileira no que tange ao crescimento econômico de um lado e ao atraso sócio-político-cultural de outro. Assim:

Na transição do século 20 ao 21, quando se está entrando em um novo ciclo de globalização do capitalismo, a tese de que a história é a história da formação das classes sociais e das lutas de classes está diante do desafio de dar-se conta de como o ‘nacional’ e o ‘mundial’ se mesclam e determinam. Ressurgem as pesquisas e os debates sobre imperialismo e globalismo, buscando repensar o nacionalismo e o internacionalismo, compreendendo que o novo ciclo de globalização do capitalismo institui um outro palco da história, de lutas sociais.¹¹¹

Nesse sentido, destacam-se contemporaneamente as lutas sociais por reconhecimento, conforme abordado no capítulo I desta tese, nas quais se buscam a obtenção de bens que, por sua vez, não podem ser reduzidos àqueles bens (im)postos pelo modelo de consumo neoliberal, como evolução de um *ethos econômico racional*¹¹², numa espécie de tentativa de construção de uma hegemonia mercadológica que transforma o indivíduo num *homo economicus*.

É indubitável a diferença no processo de modernização em nações periféricas como a brasileira, onde há uma diferença brutal que afasta a sociedade da epistemologia econômica central, numa espécie de anacronismo entre a realidade factual do povo brasileiro e os ditames de um modelo hegemônico de globalização neoliberal, isso tudo, tendo em vista, principalmente que

No Brasil a sociedade de classes emerge de uma sociedade de castas, enraizada em quase quatro séculos de escravismo, ou de diferentes formas de trabalho compulsório. No século 20, a sociedade brasileira combina a estrutura e dinâmica de classes sociais com os remanescentes de castas. Há formas de sociabilidade, etiquetas de relações raciais, padrões de organização da família, trabalho, associações, vizinhanças, escolas, igrejas clubes e outras instituições nas quais se manifestam traços remanescentes de castas mesclados com as práticas das relações de classes. Note-se que essa realidade social complexa, intrincada e contraditória é bastante diversificada, quando se comparam cidade e campo, indústria e agricultura, regiões de tradições indígenas, afro-brasileiras, e de imigrantes europeus chegados nos séculos 19 e 20. Na transição do século 20 ao 21, o Brasil ainda tem algo de uma cartografia de províncias e regiões, compo um singular arquipélago sociocultural e político-econômico em processo de integração simultaneamente nacional e transnacional.¹¹³

¹¹¹ IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**, p. 57.

¹¹² WEBER, Max. **A gênese do capitalismo moderno**, p. 109-110.

¹¹³ IANNI, op. cit., p. 57.

As diferenças sociais e regionais já apontadas alhures, objeto de preocupação do artigo 3º da Constituição de 1988, coloca o Estado e a sociedade brasileiros diante de desafios ainda mais complexos em tempos de globalização neoliberal.

Diante disso, advém a questão: como ser (se transformar efetivamente em) um Estado social-intervencionista na periferia do capitalismo globalizado em pleno século XXI? Indagando-se de outra forma: o Estado ainda é possível como fiel guardião e executor das promessas da modernidade, a fim de se construir um padrão social mínimo capaz de efetivamente inserir todo um contingente de *outsiders* sociais no Brasil contemporâneo?

5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS PARA A EDIFICAÇÃO DA “TCDAPMT”: ESTADO, POLÍTICA DO RECONHECIMENTO E SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

“O neoliberalismo se esquece que só há liberdade quando não existe miséria. A liberdade tem sido um luxo para uma pequena minoria e o mesmo tem ocorrido no plano internacional. Não se pode defender igualdade de pessoas ou Estados que têm condições de partida diferentes para a maratona de sua existência. O livre mercado é benefício para os Estados poderosos nas relações internacionais e para os ricos no âmbito interno dos Estados. O livre mercado só visa ao lucro e o aspecto social é abandonado.” (Celso D. de Albuquerque Mello)

5.1 O TORMENTOSO CAMINHO DE AFIRMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL DIRIGENTE EM TEMPOS DE (CRISE DO) NEOLIBERALISMO GLOBAL

A preocupação com as questões sociais, associadas à preocupação com a liberdade e com os direitos individuais do cidadão (preâmbulo da Constituição de 1988) tornou-se a tônica do dirigismo constitucional cujo principal desiderato, como já afirmado anteriormente, é a transformação da sofrível realidade social para enorme parcela de *subintegrados* que compõe aquilo que modernamente vem se chamando de povo no Brasil.

Nesse processo de efetiva atuação de um Estado Democrático de Direito, como propõe o artigo 1º da Constituição de 1988, não se pode insistir em equívocos de um passado ilusório do ponto de vista da atuação de modelos estatais populistas, que existiram travestidos do rótulo de social em alguns períodos de sua história. O que se espera do Estado contemporâneo brasileiro é, num primeiro momento, a superação da chamada “tutela paternalista” que

Elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, crêem ‘a priori’ e automaticamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião públicas são assim privatizados. Foi exata e precisamente isso o que os excessos do Estado Social, em todos os vários matizes que essa forma de legitimação do poder político foi capaz de assumir ao longo do século XX, nos ensinaram. A doutrina e os textos constitucionais atuais, como o da Constituição da República de 1988, aprenderam a ver e a lidar racionalmente com esse risco. *As clássicas dicotomias que marcaram toda a construção e as distintas vivências constitucionais nos últimos dois séculos e*

*meio de constitucionalismo não mais podem ser vistas como constituídas por pólos antagônicos e excludentes entre si.*¹

Esses pólos antagônicos estão assentados nas velhas dicotomias: público e privado, soberania popular e constitucionalismo, igualdade e liberdade, republicanismo e liberalismo, dentre outras, bem como na separação, que remonta aos primórdios do liberalismo estatal moderno, entre Estado e sociedade. Em sua maioria, essas e outras dicotomias advêm de um modelo *epistemológico cientificista de inspiração cartesiana*²

Para fins de uma devida ponderação entre os aspectos negativos, que devem ser superados, e os positivos, que reforçam a presença (ou retorno) do Estado atuante em meio ao complexo contexto de um globalismo³ neoliberal, é preciso buscar novos horizontes hermenêuticos para além da epistemologia cientificista que fascinou o mundo na modernidade e, inexoravelmente, seduziu as “ciências” sociais.⁴

É importante ressaltar aqui que, nesta luta hercúlea, o Estado, como lócus de resistência humanística – como guardião da “certeza” e da “segurança” jurídicas - na

¹ Apresentação de Menelick de Carvalho Netto à obra de ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**, p. 11-12. (Grifou-se)

² A racionalidade científica, então resultante, passa pela fragmentação do objeto (decomposição em partes cada vez menores) e pelo estudo detalhado de suas partes. Nesse sentido, Descartes, no século XVII, merece destaque por enunciar em sua obra a separação rígida entre sujeito (mente, *res cogitans*) e objeto (matéria, *res extensa*). A ciência moderna encontrou seu lugar ideal na matemática, de onde derivaram duas consequências principais, quais sejam: (a) o conhecimento significa quantificação; (b) o método científico assenta na redução da complexidade do mundo. Com isso, o método utilizado pelo ser (*pensante*) cartesiano, “que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura, contém tudo o que dá certeza às regras da aritmética”. DESCARTES, René. **O discurso do método**. Traduzido por M. Ermantina. G. Gomes. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 29.

³ Octávio Ianni, apresentando “metáforas da globalização”, comenta que “A fábrica global instala-se além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturadas em jornais, revistas, livros, programas de rádio, emissões de televisão, videoclipe, fax, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo. Provoca a desterritorialização e a reterritorialização das coisas, gentes e idéias. Promove o redimensionamento de espaços e tempos.” IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 19.

⁴ No âmbito epistemológico, os métodos e procedimentos para conhecer a sociedade são exatamente os mesmos que são utilizados para conhecer a natureza. A metodologia das ciências sociais, portanto, tem que ser idêntica à metodologia das ciências naturais, posto que o funcionamento da sociedade é regido por leis do mesmo tipo das da natureza. A esta observação sobre o cognoscitivismo metódico, associa-se a característica que parece ser a mais importante para a relação entre o paradigma cientificista moderno e a noção positivista do direito: o modelo de objetividade científica. Segundo esse modelo, explica Löwy, o cientista social deve estudar a sociedade com o mesmo espírito objetivo, neutro, livre de juízo de valor, livre de quaisquer ideologias ou visões de mundo, exatamente da mesma maneira que o físico, o químico, o astrônomo. Em suma, a concepção positivista pode ser entendida como aquela que afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões de mundo. LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1996, p. 36.

complexa contemporaneidade (pós-)moderna, conta com o poderoso reforço simbólico dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, assume relevância, previamente, a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que pode ser apresentada a partir da noção de concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito mais amplo e impreciso que a noção de “direitos fundamentais”, de tal maneira que estes possuem contornos mais precisos e restritos, na medida em que podem ser reconhecidos como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. Os direitos fundamentais, portanto, nascem e se desenvolvem com as Constituições.⁵

É importante ressaltar que, não obstante as eventuais variações terminológicas que poderão aparecer ao longo do texto, às vezes, dependendo do autor referenciado, a posição assumida nesta pesquisa coincide com a classificação de Sarlet, que considera como direitos fundamentais aqueles formalmente expressos no texto constitucional ou materialmente previstos por ele, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos (ou de direitos fundamentais) ratificados pelo Brasil.⁶

5.1.1 O Poder Simbólico dos Direitos Fundamentais para a Manutenção do Estado: uma Vez Mais a Relação Entre Direito e Política

Os direitos fundamentais entendidos, em seu “nascidouro”, como último fundamento de existência, como verdadeiras conquistas em face do Estado, na contemporaneidade, paradoxalmente assumem o papel de último fundamento de existência do Estado. Este, impactado pela globalização e enfrentado crises multifacetadas, conforme visto, já não é mais o centro “absoluto” da organização política. Isso acaba operando uma perda de racionalidade no programa do Direito elaborado pelo próprio Estado. Neste sentido, “em muitas questões

⁵ Esta diferenciação baseia-se nos ensinamentos de Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995) e é trabalhada na obra de Ingo Sarlet que, por sua vez, desenvolve um estudo analítico da fundamentalidade e da eficácia dos direitos humanos a partir da Constituição de 1988. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34 e 37.

⁶ Nesse sentido, notabilizam-se, especialmente, no Brasil pelo profícuo estudo da interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, ou seja, entre o ordenamento jurídico internacional e a ordem jurídica interna, no que tange à proteção dos direitos fundamentais: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997. v. 1-3; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

jurídicas o Poder Judiciário em vez de simplesmente aplicar a *programação condicional*, necessita recorrer a fundamentações extra-estatais”, que seriam do tipo *finalísticas*.⁷

Tudo isso, num sentido comum⁸ (tradicional), poderia levar o observador a “dizer que a programação condicional caracteriza um sistema fechado, e a programação finalística, um sistema aberto.”⁹ Esse raciocínio, segundo Rocha, é muito simplista por inserir-se numa lógica do tudo ou nada. Essa visão ainda predominante na sociologia e, em especial, no campo jurídico, nega a diferença, dificultando a comunicação entre o direito e a política.

Uma perspectiva possível, portanto - para se focar a importância dos direitos fundamentais, não só para os indivíduos, mas para a manutenção do próprio Estado - está intimamente ligada ao reconhecimento da diferença, ou seja, a partir do *sentido ambivalente dos direitos fundamentais* o Estado consegue ainda “sobreviver”, ligando-se ao futuro. E o futuro, “por ser desconhecido, faz medo. É, pois, uma necessidade imperiosa para qualquer sociedade, pelo menos quando forja alguma ideia do amanhã, dar estatuto e tratamento a esse medo coletivo.”¹⁰ Por isso,

*De todas as instituições jurídicas susceptíveis de obrigar o futuro, a mais importante foi, e ainda é em larga medida, o Estado, mas na condição de pensarmos como poder contínuo, e não apenas como poder soberano. A soberania vê as coisas do lado da vontade e, logo, da capacidade de se impor no instante; a continuidade institucional, pelo contrário, pressupõe a facultade de durar para lá da mudança de pessoas e através de variações das relações de força.*¹¹

⁷ ROCHA, Leonel Severo; *et al.* **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46. É de suma importância o registro de que o desenvolvimento da teoria de Rocha apóia-se na matriz teórica sistêmica, de cariz luhmanniano, que não será abordada nesta tese por ser deveras incompatível com o enfoque dado ao sujeito (“sujeito constitucional” e/ou ao povo em sua concretude). Não obstante isso, em homenagem aos dois seminários *obrigatórios*, cursados no mestrado e doutorado em Direito na UNISINOS, fica aqui mencionada a visão de Luhmann – repita-se não utilizada como matriz teórica desta tese – para quem, sob a ótica autopoietica, *a principal função dos direitos fundamentais consiste em evitar a des-diferenciação dos sistemas sociais*, não havendo assim, arrebatada o autor, possibilidades, numa sociedade plural, de designar-se por meio de uma única fórmula dogmática ou ideológica um sistema de direitos fundamentais ou, ainda, de reconduzir todos esses direitos ao princípio da dignidade humana. Cf. LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Traduzido por Di Stefano Magnolo. Dédalo: Bari, 2002, p. 59 e 77. Sobre o conceito de *autopoiesis*, além da abordagem introdutória constante da obra de Rocha – citada no início desta nota -, v. LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. 2.ed. Traduzido por Javier T. Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoria Social. 2005, p. 79 e *segs*; bem como o verbete de NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Ed UNISINOS, 2006, p. 80-84.

⁸ “Objetivamente, o senso comum subsume a diversidade dada e a refere à unidade de uma forma particular de objeto ou de uma forma individualizada de mundo: é o mesmo objeto que eu vejo, cheiro, saboreio, toco, o mesmo que percebo, imagino e do qual me lembro... e é no mesmo que respiro, ando, fico em vigília ou durmo, indo de um objeto para outro segundo as leis de um sistema determinado. DELEUZE, Gilles. **A lógica do sentido**. Traduzido por Luiz Roberto S. Fortes. 4. ed.. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 80.

⁹ ROCHA et al, op. cit., p. 47.

¹⁰ OST, François. **O tempo do direito**, p. 336.

¹¹ *Ibid.*, p. 254. (Grifou-se)

O sentido que ora se atribui ao termo *ambivalência*, portanto, é o de uma qualidade que, em tese, possui dois *vetores* que atuam em sentido contrário, mas que, na prática, paradoxalmente podem se conciliar. Explicando contextualmente esse sentido atribuído ao termo, a função ambivalente e paradoxal dos direitos fundamentais está justamente na perspectiva contemporânea de que eles, ao mesmo tempo em que atuam como trunfos em face de maiorias eventuais¹² e, ainda, como freio às eventuais arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado, por outro lado esses direitos também reforçam a ideia da necessidade de manutenção desse *ente soberano*, ou seja, o Estado – ainda que abalado¹³ - se mantém fundamentado no discurso de sua importância para a afirmação dos direitos fundamentais.

E para que o Estado se mantenha, convivendo com os riscos contemporâneos, é de suma importância a presença do discurso mediador dos direitos fundamentais. Neste sentido, Claude Lefort parece ter ofertado importantes pistas para uma adequada visão dos direitos fundamentais em tempos de crise do Estado e do direito¹⁴ modernos. Em sua obra na qual intenta dialogar com aqueles que desferiram duras críticas aos direitos humanos - tachando-os de artifícios, que servem como um verdadeiro “véu” utilizado para “mascarar as relações estabelecidas nas sociedades burguesas” -, como foi o caso, em especial, de Karl Marx¹⁵, Lefort defende a tese de que “os direitos do homem não são um véu”, pois “longe de terem por função mascarar a dissolução dos liames sociais – fazendo de cada um, uma mônada -, os direitos do homem atestam e, ao mesmo tempo, suscitam uma nova rede de relações entre os homens.”¹⁶

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-67.

¹³ Rendendo-se às pressões geradas pelo movimento de globalização, os Estados, ao longo dos anos, acabaram por suprimir uma série de direitos fundamentais de seus cidadãos. Todavia tal registro se perfaz num paradoxo porque esse próprio movimento opressivo acaba gerando uma reação contrária, qual seja, a busca pela afirmação dos direitos humanos. Corroborando essa constatação, Faria aduz que “(...) se no plano jurídico os processos de desregulação, deslegalização e desconstitucionalização promovidos pelos governos nacionais ao longo das duas ou três últimas décadas, para se adaptar às exigências de um mundo globalizado, revogaram importantes conquistas históricas, em matéria de direitos humanos, no plano político sub ou supranacional e nas esferas não-estatais eles continuarão sendo um importante critério para animar, orientar e fundamentar lutas em favor da revitalização da dignidade humana e das diferentes formas de liberdade.” FARIA, José Eduardo, p. 1-13. In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12-13.

¹⁴ Privilegiou-se, nesta tese, a crise do Estado e suas consequências, principalmente, em relação à ausência de contribuição maciça e generalizada para a construção da cidadania no Brasil. Sobre a crise do/no direito, que não compõe o objeto a ser enfrentado na presente pesquisa, mas que, inegavelmente, se trata de assunto imprescindível para todos aqueles que se dizem operadores do direito, v. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, em especial o cap. 3, que trata da “crise de dupla face” do/no paradigma jurídico (*pre*)dominante no Brasil.

¹⁵ MARX, Karl. **A questão judaica**. Traduzido por Silvio Donizete Chagas. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

¹⁶ LEFORT, Claude. Os Direitos do Homem e o Estado-Providência. In: _____. **Pensando o Político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 50.

E assim, para sustentar essa rede de relações deve-se buscar num viés democrático original um duplo fenômeno que acompanha as diversas declarações de direitos humanos, quais sejam:

(a) um poder destinado doravante a permanecer em busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem, e (b) uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros.¹⁷

O raciocínio moderno, portanto, da soberania que opunha Estado e sociedade civil, não pode ser desenvolvido mais hegemonicamente, principalmente em relação aos direitos humanos, pois, diante da complexidade que envolve o aparelho de Estado, este se tornou quase impotente para garantir as políticas internas de implementação e garantia dos direitos fundamentais, bem como insuficiente para a defesa dos direitos humanos em face do choque provocado pela globalização neoliberal.

Em síntese, ainda com Lefort, entende-se que “assim como o Estado não pode fechar-se em si mesmo para tornar-se o grande órgão que comanda todos os movimentos do corpo social, assim também os detentores da autoridade política permanecem obrigados a repor em causa o princípio de conduta dos assuntos públicos.”¹⁸

Isso reforça a própria teoria Lefortiana de que se deve constantemente reinventar e atualizar a democracia, por se tratar “da criação ininterrupta de direitos, da subversão contínua de estabelecidos, da reinstituição permanente do social e do político” (Chauí), conforme citado alhures, isso mostra o caráter politizador do direito que

Ultrapassa não só o sentido conservador do liberalismo que reduz os direitos humanos ao seu caráter de direito natural, vistos como questão puramente ética, como também as críticas marxistas que reduzem o ideário democrático à pura ideologia. Para o marxismo, a democracia não possui força política, sendo no máximo uma relação de forças. Na verdade, a democracia é uma forma política articulada a partir do princípio da enunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los.¹⁹

Os direitos humanos, “possuem um potencial simbólico de reivindicações que ultrapassa o instituído”. Eles trazem “uma ambigüidade significativa que lhes atribui

¹⁷ LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: _____. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 52.

¹⁸ Ibid., p. 54.

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo. Forma de Sociedade, cultura política e democracia. In: _____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2003, p. 180.

simultaneamente um sentido negativo, ideológico e um positivo, reivindicador. Assim, esses direitos podem ser entendidos como “políticos enquanto canais simbólicos para a produção de novos sentidos.” Assim, complementa Rocha, com base em Lefort, “a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento.”²⁰

Esse caráter simbolicamente questionador dos direitos humanos, se entendido hordienamente no cenário de crise descrito anteriormente, necessita de um ambiente que extrapole alguns mitos da modernidade. Dito de outra forma, não basta que novos direitos sejam reclamados em face de transformações sociais, é preciso também buscar a abertura de espaços para as discussões a partir de variados pontos de vista, sobretudo com base em novos paradigmas ou em paradigmas revisitados à luz das necessidades, bem como considerando as dificuldades sociais contemporâneas.

Nesse diapasão, considerando-se as *múltiplas funções dos direitos fundamentais*²¹ (além de “trunfos contra a maioria” e de sustentáculos simbólicos da permanência do próprio Estado como *locus* privilegiado para a construção da cidadania no mundo globalizado) é válido frisar o que a doutrina constitucional - no esforço de oferecer um arcabouço teórico-prático²² para a construção da cidadania, com condições materiais mínimas para a existência digna (v. comentários sobre dignidade mais a frente) - tem entendido por *princípio da proibição (ou vedação) do retrocesso social em matéria de direitos fundamentais* ou por *princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*.

Assim, como pressuposto das reivindicações (lutas!) por *novos direitos*²³ em novos espaços democráticos dentro ou em torno do Estado, a teoria da *proibição de retrocesso social* aparece no contexto do constitucionalismo contemporâneo como “(...) *uma manifestação concreta e atual de um certo tipo de dirigismo constitucional, que demonstra o quanto também esta controvérsia reclama uma abordagem constitucionalmente adequada*

²⁰ ROCHA, Leonel Severo. Forma de sociedade, cultura política e democracia. In: _____. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 178.

²¹ Por todos, CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 407-411. Cf. Também SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** Coimbra, vol. LXXXII, 2006, p. 240.

²² A partir da observação no âmbito da decidibilidade jurídica, vislumbra-se na obra de Ingo W. Sarlet (op. cit., p. 259 et seq.), por exemplo, a discussão da teoria em diversos tribunais constitucionais como o português e o alemão, bem como, ainda que incipiente, o brasileiro.

²³ Como já esclarecido desde o primeiro capítulo, esta tese não visa a abordagem de algum de movimento social (novo ou *velho*) específico que reflita determinada espécie de exclusão que deságue em sofrimento político. O exemplo dos garis, a pesquisa de Elias e Scotson e os diversos dados estatísticos servem, sobretudo, para ilustrar e reforçar as teorias desenvolvidas/adaptadas. Por isso, em tom de uma *teoria de base*, a cidadania e as questões sociais aparecem como pressupostos fundantes do Direito Constitucional Dirigente Adequado.

(...)”²⁴. Por essa teoria (da *proibição de retrocesso social*), Cristina Queiroz entende que, de uma sorte, “uma vez consagrada legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações.” De outra, a garantia de efetividade de uma proteção do direito fundamental “(...) não resulta criada”, automaticamente, “(...) a partir da legislação, antes esse âmbito de protecção vem garantido através da *actuação dessa legislação*. Nisso consiste o ‘dever de protecção’ jurídico-constitucional, que deve ser pressuposto quer pela administração pública quer pelo poder judicial.”²⁵

Seguindo-se essa esteira de pensamento, entende-se que quando uma certa lei institui um determinado direito social, este adere à cidadania (em seu patrimônio jurídico), não podendo ser suprimido, salvo em situações ponderáveis, ficando vedada, reforça-se, supressões pura e simples.²⁶

Diante disso, verifica-se a conexão da dimensão social dos direitos fundamentais com a temática desenvolvida nesta tese, pois a discussão em torno do conteúdo e da aplicação desses direitos envolvem, necessariamente, a atuação do Estado e, conseqüentemente, a justificação da necessidade de “manifestação concreta” de um Constitucionalismo dirigente em prol da coletividade, em especial – *adequando-se* o discurso à realidade constitucionalizante brasileira – de muitos(!) indivíduos pobres que (sobre)vivem numa sociedade extremamente(!) desigual (art. 3º, incs. I e III, da Constituição de 1988). E é justamente neste sentido que Sarlet afirma que:

Especialmente no concernente à proibição de retrocesso, nunca é demais enfatizar que tal problemática (que diz, entre outros aspectos, com a supressão e/ou redução dos níveis de efetividade e produção dos direitos sociais) assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos a vivenciar inclusive o surgimento de uma Constituição Européia, além de ter (ainda, embora não mais como por ocasião da sua promulgação, em outubro de 1988, em virtude das emendas sofridas) um caráter inequívoca e necessariamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lenio Streck

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 82, p. 242, 2006. (Grifou-se)

²⁵ QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 70. No mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais n Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 406-411; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: algumas notas sobre o desafio as sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004, p. 129-133. SARLET, Ingo, op. cit., p. 243-249. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios os Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68-71.

²⁶ SARLET, op. cit., p. 271-275; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira, cap. VI.

– de que as promessas da modernidade entre nós (referimo-nos ao Brasil) sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito Brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.²⁷

Em contraposição ao discurso defensivo da irreversibilidade dos direitos fundamentais sociais, não se pode deixar de se referir ao argumento da *reserva do possível*, que, em síntese, pode ser compreendida como a impossibilidade de prestação ou a ausência de recursos materiais necessários ao cumprimento do dever prestacional previsto pelo texto constitucional que torna o cidadão “credor do Estado” de um *mínimo social*²⁸ de bens constitucionalmente assegurados como saúde, educação, moradia, etc., prevê genericamente o artigo 6º da Constituição de 1988. Segundo Canotilho,

Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito a dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** p. 285-286.

²⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 481. No Brasil, é importante registrar a congrada doutrina de Ricardo Lobo Torres que defende que: “Os *mínimos* sociais, expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, ou *mínimo social* (social *minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou *mínimo existencial*, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (Existenzminimum), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram o conceito de direitos fundamentais. (...). O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (...). Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, ‘se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável’.” TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 313-314.

desenvolvimento da personalidade. Perante a agudeza desta crítica, desloca-se o cerne da questão para a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais.²⁹

Como complemento ao exposto, Sarlet apresenta uma tridimensionalidade da reserva do possível que abrange

(a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; (c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.³⁰

Em verdade, em face desse esboço acerca de algumas funções dos direitos fundamentais, bem como da importância de sua dimensão social, o que se pode concluir de plano é que a crise provocada pelo choque entre o discurso garantidor dos direitos sociais - que precisam ser efetivados para proporcionarem ao menos as condições mínimas de inserção e reconhecimento sociais - e o discurso limitador da reserva do possível acaba desaguando, em última análise, na crise do Estado social³¹ que, por sua vez, neste momento parece estar diante de novos desafios e é isso que se pretende enfrentar a seguir.

²⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 481. (Grifos no original)

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, 2008, p. 187.

³¹ Vale aqui a ressalva apresentada por Sarlet, na conclusão de seu texto, a fim de se afastar qualquer suspeita de uma possível ingênua crença no Estado como panacéia dos males da desigualdade social no Brasil. Eis o trecho conclusivo: “Por derradeiro, se o manejo consciente e constitucionalmente adequado do princípio da proibição de retrocesso não constitui certamente nem a única nem a melhor via para implementar de modo ativo os direitos fundamentais sociais e promover as condições para uma vida digna (o que reclama todo um conjunto de institutos, mecanismos e atitudes da sociedade civil e do poder público), também não restam dúvidas de que se trata de uma das ferramentas para assegurar, pelo menos no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos, o que certamente não é menos relevante. Nesta senda, poder-se-á afirmar que também o princípio da proibição de retrocesso assume a condição de um dos múltiplos – individualmente insuficientes – mecanismos para a afirmação efetiva de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta.” SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, p. 288.

5.1.2 O Estado Social e o Neoliberalismo (Em Tempos de Crise) Global

Dentre as dificuldades (*crises*) já apresentadas, aborda-se, neste item, o forte fenômeno da globalização do neoliberalismo que vem impactando com galopante intensidade, especialmente a partir do final da década de 70, no século passado³², o poder soberano do Estado, atingindo-o em sua capacidade regulatória do mercado e da sociedade.

Trata-se, portanto, da *crise da soberania*, esta entendida como um fenômeno intimamente ligado à própria existência do Estado Nação, caracterizado por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política (legislativa, executiva e jurisdicional) sobre um determinado território (como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras) e a população (como um conjunto de indivíduos que são reconhecidos como cidadãos/nacionais) que o habita. E, ainda, juridicamente, na história aparece a soberania como um poder incontestável pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas.

Essa noção, tão difundida no âmbito da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, emerge e se consagra a partir do século XVI, tendo sofrido, de lá para cá, transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais, entre outras circunstâncias que lhes foram inerentes.³³

Todavia as transformações, as interrelações, as pressões multifacetadas tensionaram a noção básica de soberania – “entendida originariamente como situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unidade na esfera política”³⁴ – ao máximo, fazendo com que ela devesse (deva) ser repensada e redimensionada.

³² Esse processo, marcado basicamente pelo “mercado livre” passou a ser a marca característica do neocapitalismo, que só se instalou “definitivamente após o desmoronamento da URSS em 1991, apesar de sua origem estar, em 1944, com Hayek, que visava atingir o Partido Trabalhista da Inglaterra, uma vez que haveria eleições em 1945.” Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 804. Há aproximadamente 25 anos, com a propagação da doutrina neoliberal na Inglaterra (ascensão ao cargo de 1º Ministro de Margaret Thatcher, em 1979) e nos Estados Unidos (eleição de Ronald Reagan à presidência, em 1980), a proposta de retorno a uma espécie de Estado mínimo é difundida, e a liberdade volta a ser o grande princípio das relações dos Estados entre si e destes com os indivíduos.

³³ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 24-25.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 10. (tradução livre)

Seguindo-se a doutrina de Zagrebelsky, pode-se resumir a corrosão da noção de soberania estatal a partir de quatro vertentes distintas, que não se excluem: (I) o pluralismo político-social interno, que se opõe à sujeição a uma soberania; (II) a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, frequentemente, em dimensões totalmente independentes do território estatal; (III) a progressiva institucionalização de “contextos” que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo-os à disponibilidade dos Estados particulares e; (IV) a atribuição de direitos aos indivíduos, os quais podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais em face do Estado a que pertencem.³⁵

E ainda, com a globalização, especialmente em suas facetas econômica e tecnológica, aduz Bauman, com aporte em Paul Virilio, a soberania territorial perdeu quase toda a substância e boa parte de sua atração, pois, na medida em que cada ponto pode ser alcançado e abandonado no mesmo instante, a posse permanente de um território, com seus deveres e compromissos de longo prazo, transforma-se em um passivo e se torna um peso e não mais um recurso na luta pelo poder.³⁶ Assim, pode-se afirmar que a união entre a Nação e o Estado, sustentáculo fundante da soberania, não pode ser mais vista como um conceito sólido. Parece, então, estar revestidas de razão as palavras de Bauman quando este afirma que:

O romance secular da nação com o Estado está chegando ao fim; não exatamente um divórcio, mas um arranjo de “viver juntos” está substituindo a consagrada união conjugal fundada na lealdade incondicional. Os parceiros estão agora livres para procurar e entrar em outras alianças; sua parceria não é mais o padrão obrigatório de uma conduta própria e aceitável. (...) Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da *extraterritorialidade*, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga.³⁷

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**, p. 10-12. Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 32. Na ótica de André-Noël Roth, analisando o Estado-Nação a partir do fenômeno da globalização, quatro rupturas podem ser apresentadas: 1ª) a incapacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial; 2ª) a mundialização da economia, pois o desenvolvimento das forças econômicas a um nível planetário diminui o poder de coação dos Estados Nacionais sobre esta; 3ª) a internacionalização do Estado, na qual se verifica a progressiva participação dos Estados em grande número de Organizações Internacionais, influenciando também sobre os processos políticos internos e a necessidade de uma gestão global de muitos problemas (meio-ambiente, oceanos, pesca...), obriga os Estados a coordenar suas políticas; 4ª) o direito Internacional evolui como um princípio normativo superior. Cf.: ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**, p. 15-27.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 100.

³⁷ Id. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 212.

Não obstante isso, oficialmente, pouco se discute acerca do remodelamento da soberania, mas, conforme reforça Arnaud, “de fato, os governos recentemente sofreram, e sofrem cada vez mais, uma erosão de sua autoridade devido, entre outras, à porosidade de fronteiras, à dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação, aos avanços tecnológicos.”³⁸ Assim, as pressões sofridas pelos governos nacionais, desde fora, se acumulam ao colapso interno manifestado em crises de diferentes matizes³⁹.

Com as afirmações apresentadas acima, não se quer induzir a conclusão de que o Estado-Nação não desempenhe mais funções relevantes na nova ordem internacional, nem tampouco que a soberania estatal, na sua face voltada para o plano interno, tenha deixado de existir, mas o que, seguramente, se pode afirmar é que o modelo tradicional apresentado a partir dos séculos XV-XVI sofreu impactos altamente contundentes e deformadores em seu percurso histórico, em especial, a partir da segunda metade do século XX.

Em outras palavras, resume-se a crise como um fenômeno que não pode ser ignorado, mas que, ao mesmo tempo, não faz desaparecer o poder, e sim, uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania.⁴⁰

Nesse sentido, como forte demonstração de que o Estado atuante *não morreu*, invoca-se aqui a atual crise mundial que teve seu início em setembro de 2008 na maior potência do capitalismo mundial, os Estados Unidos da América do Norte (EUA), o grande fomentador da ideologia de uma inevitável globalização neoliberal que sugeriria até mesmo a superação (a “derrocada”), para os mais pessimistas, do Estado intervencionista⁴¹. Como uma “bomba atômica” cujo epicentro foi o “coração”, o símbolo do mundo capitalista – Wall Street -, a crise econômica, desde então, vem espalhando os seus efeitos radioativos por todo o “mundo globalizado”.

³⁸ ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord.). **Anuário Direito e Globalização**, p. 25.

³⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 23-58.

⁴⁰ MATTEUCCI, Nicola. “Soberania”. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**, p. 1179-88.

⁴¹ Sobre essa afirmação, com diferentes análises e fundamentações, v. as críticas de Fukuyama (FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Traduzido por Aulyde S. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992) cujas ideias, numa síntese muito apertada, amadurecidas no período “pós socialismo”, no início da década de 1990, centram-se na defesa do liberalismo econômico como o ápice da evolução econômica da sociedade contemporânea; e de Teubner (TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory*. In: _____ et al. **Transnacional Governance and Constitutionalism**. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), que também prega o enfraquecimento do Estado devido à formação de outras espécies de regulação social que advieram, principalmente, das transformações econômicas e das inovações tecnológicas.

Para se entender um pouco melhor essa crise mundial, tão em voga no momento e que promete expandir-se cada vez mais e perpetrar-se por um considerável período⁴² até que o mundo se re(arranje) neste constante caos (pós-)moderno, é válida a citação do texto de Cardoso⁴³ pela precisão de seu diagnóstico, não obstante a sua extensão:

A crise financeira estourou nos Estados Unidos em agosto de 2007. Subitamente o mundo tomou conhecimento de que havia um problema: hipotecas sobre a compra de imóveis dadas como garantias precárias. De início os bancos americanos diziam não ter nada com o assunto. Logo depois foram obrigados a reconhecer que os ‘veículos especiais’ que eles criaram eram, sim, de sua responsabilidade. Reconheceram para o banco central americano, o Federal Reserve (Fed), poder dar-lhes dinheiro para cobrir os buracos, posto que os financiadores de hipotecas, não sendo bancos, não teriam acesso ao socorro federal. O susto não serviu de lição. De degrau abaixo a degrau abaixo, desfez-se o castelo de cartas. Hoje todo mundo reconhece que o sistema financeiro estava muito ‘alavancado’, quer dizer, emprestava com uma base de capital próprio muito pequena, com o dinheiro dos outros. Os depositantes, quando descobriram a ligação dos bancos com as hipotecas, correram para retirar depósitos de bancos com poucos fundos próprios. De novo veio o socorro do Fed, desta vez trilionário. O mundo, que ainda não se acostumara ao “bilhão de dólares”, teve de ver “trilhão” no horizonte, mas de dívidas...

Daí em diante, houve mil ‘soluções criativas’ para sair da crise. A ‘laborista’, do primeiro-ministro Gordon Brown, saudadas por todos, foi a de dar dinheiro aos bancos, comprando ações, em vez de, como fez o Fed, absorver títulos podres e conceder empréstimos a juros baixos e com prazo de devolução infinito. Tesouro e bancos ingleses ficaram associados e não se sabe até que ponto estes foram ‘nacionalizados’. O governo americano continuou “inovando”: deu créditos com dinheiro do contribuinte, não só aos bancos, mas às empresas, e considera a possibilidade de dar recursos diretamente aos cidadãos pendurados em hipotecas impagáveis. O próprio Fed concedeu empréstimos a outros bancos centrais e, mais espantoso ainda, absorveu títulos ‘tóxicos’ de empresas não-financeiras. Os demais países europeus garantiram depósitos, enquanto os do mundo em desenvolvimento se puseram às pressas a distribuir dinheiro público aos magotes para resolver problemas financeiros ou para ajudar empresas que se enrolaram na crise especulando com o valor das moedas.

Enfim, a velha e boa ‘socialização das perdas’. Essa foi a breve história financeira do ano 2008.

O pior é que, com catadupas de dinheiro público, a crise não cede. Ela deixou de ser ‘financeira’ para ser ‘econômica’: as empresas não investem, os bancos não emprestam e, quando o fazem, é com muito cuidado. Os empresários olham em

⁴² “Em alguns anos, não meses, a economia mundial sairá da tormenta – e com feições diferentes. Os emergentes responderão por até 77% do crescimento global, acima dos 65% dos últimos anos. Nos países ricos, o sistema financeiro, engolido por créditos podres, ficará substancialmente menor em relação à economia real. Wall Street será muito mais regulada, e menos exuberante. Quem afirma isso é Dominique Strauss-Kahn, diretor-gerente do Fundo Monetário Internacional. AITH, Marcos. Henry e Ben no Escuro. **Veja**. São Paulo, ano 41, nº 39, 1º out. 2008, p. 68.

⁴³ A referência pontual ao texto se dá pela precisão de seu diagnóstico, bem como pela honestidade acadêmica que impede aqui o não reconhecimento da profundidade das reflexões políticas e sociológicas, sobretudo a respeito da América Latina (dentre os vários estudos pode-se citar a obra, em co-autoria com Enzo Faletto, **Dependência e Desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004), o que rendeu ao sociólogo Fernando Henrique Cardoso (FHC) o *status* de referência mundial neste ramo das ciências sociais. Por outro lado, registra-se também a ressalva do risco que se assume ao referenciar a obra de um acadêmico que, enquanto Presidente, dissociou-se, à frente do cargo mais alto do país, das teorias (“manifestos”) constantes de sua obra. Sobre a crítica a postura assumida pelo Governo FHC em seus oito anos de governo, por todos, v. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 21-32.

volta e têm medo de expandir seus negócios: mais do que crédito, faltam compradores solventes. Os mercados estão encolhendo e encolherão ainda mais porque, com ou sem socialização das perdas, houve perda substancial de riqueza ou, como Marx diria, está havendo queima de mais-valia. A riqueza financeira virou pó, porque ela é pó quando falta a confiança. *Pulvis est et in pulverem revertitur*, como acontece com o corpo quando a alma some dele. Nestas situações “o mercado”, isto é, os empresários e investidores, só acredita no governo. Mais grave ainda, os governos acreditam que podem resolver a crise. Como? Dando dinheiro ao mercado e investindo. Só que para fazê-lo se endividam e não resolvem de imediato as aflições de todos porque o medo pauta o consumo e a economia contemporânea fez casamento entre mercados voláteis e consumidores ávidos, movidos a propaganda. Sem consumidores não há salvação e o principal consumidor para a saída da crise não são as pessoas, mas as empresas. Isto é, o investimento.

Como convém dispor de uma autoridade intelectual insuspeita justificando abrir o cofre, o pobre lorde Keynes é usado como se fosse o pai da socialização das perdas e da ganância pública indiscriminada. E como também é sempre bom ter um culpado, a ‘globalização’ é indigitada pelo que é inerente ao capitalismo, a especulação, e pela falta de controle numa economia, a principal, a americana, por cujos desmandos, aí, sim, pagaremos todos. Como o diagnóstico é precário, as barreiras protecionistas somadas à ganância pública seriam o antídoto aos malefícios da ‘globalização’. E com isso, em vez de se resolver a crise (a solução virá com dor e lágrimas, sobretudo dos desempregados, vítimas inocentes dos desmandos, pela continuada queima de mais-valia até que, atingido o fundo do poço, a “alma” dos capitalistas tenha novo sopro de vida), espicha-se o sofrimento e se sonha com um mundo não-globalizado, como se isso fosse possível com o desenvolvimento tecnológico e a inter-relação comunicativa existente.

Isso não quer dizer que não haja nada a fazer, que basta esperar que o próprio mercado purgue seus pecados. Os governos precisam, sim, atuar. Mas olhando para o futuro, ajudando o investimento produtivo, seja ele público ou privado. E não endividando o povo (que pouco sabe que pagará as custas...) para salvar quem é insaciável. Sem esquecer que a poupança pública (em nosso caso ela é negativa) é insuficiente para dinamizar um sistema que é capitalista e que a ajuda à custa de endividamento futuro resultará em mais aperto ou em inflação. Em qualquer caso haverá redução das chances de uma retomada saudável do crescimento econômico.

Por fim é bom dizer que a redução da riqueza global oferece a todos, inclusive e principalmente aos governos, a chance de repensar o futuro. Ou se aumentam as regulações financeiras globalmente (sem sufocar a capacidade de inovação, mãe do desenvolvimento) e se repensa o modelo cultural de consumismo desenfreado e de dilapidação da natureza, ou a retomada de amanhã pode ser ainda mais danosa do que foi a etapa que se está esgotando.⁴⁴

A importância desse diagnóstico está justamente em sua complexa contextualização de um problema que, para os americanos remonta à famosa crise do final dos anos 20 e dos anos 30⁴⁵, do século passado, que assombrou os EUA e acabou gerando a necessidade de uma série

⁴⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. Perdidos na Crise. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 1 de fev. 2009, Espaço Aberto, p. A2.

⁴⁵ A grande crise de 29, com as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego, provoca em todo o mundo ocidental um forte aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores, (...) com estruturas do tipo corporativo, nos Estados Unidos do *New Deal*, a realização das políticas assistenciais se dá dentro das instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação da despesa pública à manutenção do emprego e à criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e do auxílio econômico aos necessitados. REGONINI, Gloria. Estado do Bem-estar. In: BOBBIO, Norberto; *et al.* **Dicionário de Política**, 2000. p. 417.

de intervenções sem precedentes do Estado no mercado e na sociedade. O desenrolar financeiro-econômico-social estampa a multifacetada crise que se faz cada vez mais presente em diferentes partes do mundo.

O que se observa hodiernamente é que as palavras e as personagens como *intervencionismo*, *New Deal*, *Franklin Delano Roosevelt*, *John Maynard Keynes* que eram objetos quase exclusivamente de pesquisas e discussões acadêmicas (re)aparecem no “menu” de diversos Estados, bem como à “mesa de refeições” de praticamente todos os segmentos sociais.⁴⁶

Em vista disso, é possível afirmar que “a maior crise desde a Grande Depressão da década de 30 ocorreu na administração republicana de George W. Bush. E as respostas intervencionistas também. ‘Quem antes do governo apontaria a estatização com tanta ênfase?’ (...). Assistimos ao retorno do Estado forte nas atividades econômicas (...).”⁴⁷

Nesse sentido, o atual presidente francês Nicolas Sarkozy enfatiza: “A idéia de um mercado todo poderoso operando sem regras e sem nenhuma intervenção política é uma loucura. Os tempos de auto-regulação do mercado, do *laissez faire*, chegaram ao fim. Acabou o mercado que está sempre certo.”⁴⁸

Problemas que já vêm afligindo a “periferia do capital” agora pulsam cada vez mais forte nas veias abertas do capitalismo central (nos países ricos). E, além disso, países considerados em via de desenvolvimento como o Brasil, correm o risco de verem desabar a estrutura econômica que vem sendo desenhada desde os anos 90 e que sequer havia ainda sido traduzida proporcionalmente em melhorias sociais amplas. Na verdade, seja qual for a perspectiva econômico-social, ao redor do mundo (globalizado), os Estados apelam para medidas *protecionistas e interventivas*⁴⁹, no estilo “salve-se quem (e como!) puder”.

⁴⁶ “O nome do economista inglês John Maynard Keynes (1883-1946) também voltou, feito carne enlatada, às prateleiras das idéias econômicas. A moda agora é dizer que Keynes, autor da genial Teoria Geral, teria ressuscitado devido ao colapso do sistema financeiro neoliberal imperialista satânico ultra-galáctico. Keynes foi o mentor do New Deal, o plano de recuperação da economia criado por Franklin Delano Roosevelt para enfrentar a Grande Depressão. Várias de suas experiências heterodoxas serviram de referência aos grandes pacotes de ajuda anunciados pelos governos no mundo. Mas a crise dos anos 1930 foi algo drástico e improvável, similar a um acidente aeronáutico que só se consegue explicar como resultado de uma série de equívocos e falhas concomitantes.” MORAES, Renata. O Retorno dos Velhos Fantasmas. *Veja*. São Paulo, ano 41, nº 52, 31 de dez. 2008, p.64.

⁴⁷ PINHEIRO, Márcia. O Novo Socialismo: O Tesouro dos Estados Unidos entra em cena para salvar Wall Street. *Carta Capital*. São Paulo, ano XV, nº 514, 24 set. 2008, p. 26.

⁴⁸ AITH, Marcos. Henry e Ben no Escuro. *Veja*, p. 70.

⁴⁹ Exemplificando-se essas medidas, com dados recentes, pós crise mundial, iniciada no segundo semestre de 2008, têm-se as seguintes informações: “Em meio à crise econômica, diversos países adotaram medidas de proteção a suas indústrias e seus trabalhadores. (...). O novo protecionismo é mais sofisticado. A maioria das medidas está dentro das regras multilaterais de comércio ou não é sequer abordada pela Organização Mundial do Comércio. (...). O mercantilismo financeiro é um exemplo do novo protecionismo: grandes bancos como Citigroup estão sendo pressionados para tirar dinheiro de suas subsidiárias e trazer os recursos para melhorar a

Como não poderia ser de outra forma, os EUA, agora com um novo presidente, empossado em janeiro de 2009, tenta capitanear projetos de reestruturação econômica, de recuperação dos reflexos negativos da crise financeira e de mercado – dentre elas, as principais são a recessão e o desemprego, com todas as suas consequências sociais.⁵⁰

liquidez nos países sede. (...). Outro problema é o protecionismo financeiro. (...). Na França e na própria Grã-Bretanha, os bancos que receberam ajuda do governo estão sendo orientados a dar preferência a tomadores de empréstimos domésticos como forma de estimular a economia nacional. (...). O pacote de estímulo econômico que está tramitando no Congresso americano tem uma cláusula protecionista exigindo que todo o ‘ferro, aço e produtos manufaturados’ usados em projetos do pacote sejam ‘made in America’. A pedido do presidente Barack Obama, a medida foi amenizada e agora contém, uma ressalva, determinando que ‘seja aplicado de maneira consistente com as obrigações dos EUA sob acordos internacionais’. O protecionismo dos pacotes de Obama não para por aí. Empresas que receberam recursos do pacote de resgate aos bancos ficarão sujeitas a restrições para contratar trabalhadores imigrantes especializados. ***O Brasil incentivou o setor automobilístico e as exportações através da suspensão de impostos como o IPI e o PIS; A União Européia ampliou os subsídios fiscais para produtores de leite e criou um pacote de 200 bilhões de euros para incentivar a economia prevendo isenções fiscais; O Canadá criou um pacote de ajuda de US\$ 4 bilhões para empréstimos ao setor automotivo; A Rússia aumentou as taxas sobre exportação, criou novas regras sanitárias, reduziu as cotas de carne, além de dar subsídios ao setor automotivo e elevar impostos sobre carros importados; A China criou incentivos para a indústria automobilística, incluindo autopeças e máquinas agrícolas; A Indonésia reduziu as portas de entrada de importados para apenas cinco portos no país.*** Para Douglas Irwin, professor especializado em política comercial americana no Dartmouth College, haverá um movimento crescente de medidas protecionistas, proteção regulatória e antidumping. ‘Isolada, cada uma dessas medidas não é tão danosa, mas o efeito cumulativo é um problema’, diz Irwin.” Cf. MELLO, Patrícia Campos. Novo protecionismo dribla regras. Países adotam práticas protecionistas disfarçadas que não ferem os tratados internacionais de comércio. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 5 de fev. 2009, Economia, p. B4. Sobre o intervencionismo protecionista em diversas partes do mundo, registra-se o seguinte: “EUA: Origem do epicentro da crise, os EUA têm pela frente problemas que ainda devem piorar antes de melhorar. Os principais são a queda nos preços dos imóveis, que lastreiam ativos ‘tóxicos’, e a fragilidade do sistema financeiro. Além do novo pacote fiscal, previsto em US\$ 780 bilhões, os EUA darão uma cartada fundamental quando anunciarem outro plano de socorro bancário. Cerca de US\$ 335 bilhões já foram transferidos, mas o sistema segue frágil. (...) BRASIL: Além de ter iniciado um processo mais agressivo de corte no juro básico (a última redução foi de um ponto percentual, para 12,75% ao ano), o Brasil reforçou o caixa do BNDES para contornar a diminuição do financiamento externo e interno. Do pacote estatal de R\$ 189,1 Bilhões anunciado até agora, o banco levou R\$119 bilhões. A avaliação é que a maior dificuldade das empresas não diz respeito à demanda, mas a condições de financiamento. (...) EUROPA: Oito países já anunciaram pacotes fiscais, totalizando US\$ 254 bilhões. A crise afeta de modo desigual a região. Os mais atingidos são os países que não tinham padrões econômicos como o alemão ou o francês até a introdução do euro, em 1999. Com a moeda, Espanha, Portugal, Irlanda e Grécia, entre outros, endividaram-se para crescer. Agora seus Estados e empresas pagam altas taxas na captação de recursos em comparação à França e à Alemanha. (...) ÁSIA: A China lançou um pacote fiscal de US\$ 586 bilhões, ou 7% de seu PIB. Mais de 20 milhões de ex-operários estão retornando ao campo após a queda na demanda dos produtos chineses no mundo. O crescimento chinês neste ano deve cair à metade do de 2007. A Índia também já sofre forte contração. A indústria cresce hoje ao ritmo anual de 2,4%, ante 8,5% há um ano. O país sofre com a diminuição tanto das exportações quanto do fluxo de capital estrangeiro.” Dados colhidos em reportagem jornalística: Crise avança com desemprego e já custa US\$ 1,9 tri. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 8 de fev. 2009, Dinheiro, p. B4.

⁵⁰ “Desde Franklin Delano Roosevelt um presidente americano não se via diante de um início de governo tão decisivo. O presidente Barack Obama assume em meio a expectativas estratosféricas e uma crise econômica de dimensões assustadoras.” MELLO, Patrícia Campos. Obama se espelha em Roosevelt e busca virada nos primeiros cem dias. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 25 jan. 2009, p. A12. Obama tenta aproveitar o prestígio político adquirido em sua eleição para tentar emplacar, em seus primeiros dias, medidas enérgicas como as tomadas pelo presidente Roosevelt que, nos cem primeiros dias de seu governo, conseguiu aprovar dezesseis leis em caráter de urgência. Nesse sentido, o neto de Roosevelt, James Roosevelt Jr., “que fez parte da equipe de transição, é um dos que ficaram impressionados com o cuidado de Obama em adotar a estratégia de FDR. Ele disse que os objetivos do presidente são fortalecer o ‘contrato social’ entre governo e cidadãos,

Em relação ao desemprego, cuja existência só tende a gerar uma série de outros conflitos e problemas sociais, o cenário já demonstrou que essa chaga já vem fazendo suas vítimas e que as perspectivas, até que se “salvem a economia”, não são as mais otimistas possíveis.⁵¹

No caso do Brasil, o desemprego já bateu à porta, pediu passagem e já está na antessala. Segundo pesquisa publicada pelo IBGE, o nível de emprego na indústria já “recuou 0,6% em novembro” de 2009, “após se manter estável, em -0,1% no mês anterior. O resultado é pior desde outubro de 2003, quando a queda foi de 0,7%. Os novos números se referem aos meses de agravamento da turbulência financeira, mas as empresas e sindicatos pintam quadro pouco animador neste início de 2009.”⁵² Aliás, o início de 2009 já vem sendo marcado por uma efervescência no movimento sindical, segundo o jornal *O Estado de São Paulo*: “a bandeira defendida foi a de pressão governamental sobre os bancos para que baixem os juros.” Dentre as várias ações movidas pelos movimentos, uma delas, por exemplo, mobilizou “100 mil pessoas (...) em frente aos nove escritórios do Banco Central (...).”⁵³ Além disso, outra pesquisa do IBGE já registra uma queda recorde, desde 1991, na produção industrial, conforme artigo publicado por Skaf⁵⁴.

Diante do preocupante cenário, muito se projeta e também muito se especula, mas, realmente, uma idéia ganha força nessa ciranda da história: o Estado social é necessário. Seja (ainda) no centro, seja na periferia do capitalismo (pós-)moderno. Nestes meses que sucederam os abalos causados pela crise de origem norte-americana com seus desdobramentos em escala mundial em diferentes ambientes de discussão, o consenso, quase geral, gravita em torno da necessidade de atuação estatal. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Debate Público promovido por “Pensadores heterodoxos reunidos no Paraná”, onde, “para enfrentar imediatamente a crise foram citadas alternativas como o fortalecimento dos mercados locais e o papel do Estado como agente indutor do investimento, em uma revisão do

reafirmar a ênfase em FDR na regulamentação dos mercados e utilizar a presidência para restaurar a confiança.” KRANISH, Michael. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 25 jan. 2009, p. A12.

⁵¹ Nos EUA: “Thousands of workers are losing their jobs. America no faces the hard task of getting them back to work.” Como exemplo, no último ano, “in November DHL, a express delivery company, said that it would close its American domestic operations at end of January. Up to 10.000 jobs may be lost in Wilmington, Ohio, where DHL has its main hub for domestic traffic, and where it is the town’s largest employer. The people puzzle. *The Economist*, January 3rd, 2009, p. 21.

⁵² O desemprego na antessala. *Carta Capital*. São Paulo, ano XV, nº 529, 21 jan. 2009, A Semana, p. 17.

⁵³ PACHECO, Paulo. KRANISH, Michael. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 25 jan. 2009, p. B6.

⁵⁴ SKAF, Paulo. O Brasil e a indústria na luta contra a recessão. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 8 fev. 2009, Opinião, p. A3.

modelo inspirado nas idéias do economista John Maynard Keynes (...)”⁵⁵ Também foi o que ocorreu nos recentes *fóruns mundiais: o Social*⁵⁶, no Pará e o *Econômico*⁵⁷, em Davos.

Tudo isso desafia os arautos da derrocada (total?) do Estado social e da Constituição dirigente como mostra Faria, desde a década de 80, do século passado, em resposta à questão sobre a manutenção da postura social do Estado e do papel da Constituição Dirigente, ao afirmar que:

Esta conhecida e peculiar concepção de Constituição, é evidente, já não tem mais hoje o poder de sedução detido no passado recente – mais precisamente, no período áureo do *Welfare State*. Aliás, com a transnacionalização dos mercados e subsequente ‘desterritorialização’ da produção, (...) a própria idéia de Constituição vem gradativamente deixando de ser um princípio absoluto, passível de ser visto e reconhecido como ‘norma fundamental’ e centro emanador do ordenamento jurídico (...).⁵⁸

Ao contrário disso e em suma, o Estado, mais vivo do que nunca, assume, neste final de primeira década deste século, novos desafios, dentre eles, o principal está justamente no paradoxal diálogo com o então avassalador, e ora decadente, neoliberalismo. Nesse contexto é que se convoca novamente a discussão sobre a possibilidade ainda de efetivação do texto constitucional.

Num período de renovadas crises, é sabido que o discurso constitucionalizante deve se atualizar aos novos anseios político-sociais. Nesses tempos de insegurança e incerteza, é preciso se discutir as possibilidades de atuação do Estado Constitucional Democrático de Direito (já que a sua presença é, ainda mais, indiscutível). E mais, é necessário que se reforce o Constitucionalismo Dirigente a começar com uma devida fundamentação dentro do contexto que move a discussão desta tese, qual seja, no contexto de um país periférico, com

⁵⁵ SIQUEIRA, André. Debate Público: Pensadores heterodoxos reunidos no Paraná lançam propostas para a superação da crise econômica mundial. **Carta Capital**. São Paulo, ano XV, nº 526, 17 dez. 2008, p. 38.

⁵⁶ Segundo Santos, “(...) o FSM pode assumir uma liderança maior, com espaço aberto. Se os movimentos sociais estivessem preparados com propostas muito concretas do que pode ser feito, neste momento de suspensão do sistema mundial devido à crise e ao novo governo dos EUA, (...) algumas alianças poderiam ser feitas com organizações e mesmo com partidos dentro do *stablishment* que percebem que suas soluções não funcionaram.” SANTOS, Boaventura de Sousa. A hora dos movimentos sociais. **Forum**: outro mundo em debate. São Paulo: Publisher, ano 8, nº 70, jan. 2009, p. 12.

⁵⁷ Diante de tantas incertezas quanto ao futuro da economia mundial, e de todas as conseqüências dela advindas, Touraine, resumiu o encontro de 2009 em Davos assim: “Há três visões em curso em Davos. A primeira diz que é preciso reconstruir apenas as partes do sistema que apresentaram defeito. A segunda, defendida por um batalhão de especialistas sem poder de pressão, é a visão de que é preciso controlar o sistema econômico global. E há uma terceira visão sugerindo que não serão as pessoas, nem as inteligências e nem os governos que vão domar a crise, pois o sistema é capaz de se corrigir sozinho.” TOURAINE, Alan. Perdidos na estrada Belém-Davos. Crise que agitou dois fóruns mundiais é resultado do descolamento a economia em relação à política, afirma o guru da ‘sociologia da ação’. **O Estado de São Paulo**. São Pulo, 1 de fev. 2009, Aliás, p. J4.

⁵⁸ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

modernidade diferenciada (tardia), onde a cidadania ainda não é extensiva a uma enorme parcela do povo brasileiro. Considerando-se que o Constitucionalismo Dirigente se manifesta sobre dois pilares – a democracia e os direitos fundamentais -, segue-se então a elaboração dessa fundamentação pelo ponto convergente entre ambos: o princípio da dignidade humana.

5.2 O PRINCÍPIO DA “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA” NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICO-NORMATIVOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA LINGUAGEM COMUM ACERCA DA CIDADANIA NO BRASIL

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como o ponto convergente de todo o ordenamento constitucional em relação a defesa e concretização dos direitos fundamentais, em especial, os sociais, que mais interessam aqui na discussão sobre a sedimentação do constitucionalismo dirigente e do Estado social no Brasil. Essa conclusão, já posta preliminarmente, advém de uma análise sistemática do próprio texto constitucional que eleva à categoria de princípio a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), sugerindo ainda a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II).

O princípio “da dignidade da pessoa humana” ainda segue fortemente ancorado na concepção filosófica kantiana no sentido de que a pessoa (ser humano) deve ser sempre considerada como um fim e não como um meio, repudiando, assim, qualquer pretensão de coisificação ou instrumentalização do homem. Todavia, refutando a noção ontológica de dignidade, Hegel defende a necessidade de assunção da condição de cidadão para o ser humano atingir tal qualidade (dignidade), consubstanciando, desse modo, a máxima de que cada um deve respeitar os outros como pessoas, ou seja, a dignidade é (também) o resultado do *reconhecimento*. A partir desses aportes filosóficos, Sarlet aduz que a dignidade humana pode ser concebida como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além de propiciar e

promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁹

No surgimento dessa concepção, segundo Charles Taylor, as sociedades pré-modernas eram marcadas por uma forte divisão em castas, cujas hierarquias sociais se baseavam na *honra* – fundamentada em preferências. Para que alguns a detivessem, era essencial que o outro não a possuísse. Desse modo, quem a detinha usufruía, na “pré-modernidade”, de privilégios que outros não tinham acesso. Dessa maneira, para Taylor, a substituição da noção antiga de honra pela noção de *dignidade* estendeu a possibilidade do reconhecimento a um nível muito mais abrangente:

Opõe-se a essa noção de honra a noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar da ‘dignidade [inerente] dos seres humanos’ ou de dignidade dos cidadãos. A premissa de base aqui é de que todos partilham dela. É óbvio que esse conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática [...].⁶⁰

É dessa ideia inicial de amplitude da dignidade humana que a leitura hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 deve considerar o valor da disposição topográfica de tal princípio, pois, como se nota, o legislador constituinte se encarregou de prever tal princípio logo na parte inaugural do texto, juntamente com os demais fundamentos da “Carta Cidadã”. Dito de outra forma, com as palavras de Sarlet, entende-se que

O Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente), das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.⁶¹

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60. Cf., também, BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 474-6.

⁶⁰ TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: _____. **Philosophical Arguments**. Massachusetts: Harvard University Press, 1995, p. 226-7. Versão traduzida: A Política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos Filosóficos**, p. 242-3.

⁶¹ SARLET, op. cit., p. 61. No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988”, p. 79-100. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** - (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 89-92.

Da mesma forma, ineditamente na história do constitucionalismo brasileiro, a dignidade humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição de 1988), sendo ainda citada em vários outros capítulos do texto constitucional,

Seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana (...) (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*).⁶²

Sintetizando, com Castro, entende-se que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio do ser humano.⁶³ Neste momento, cabe aclarar que a noção apresentada alhures não se reduz a uma exposição metafísica daquilo que seja a “dignidade da pessoa humana”, para utilizar a terminologia empregada pelo constituinte.

Isso porque, ao considerar o ser humano como pessoa (art. 1º, inciso III; 17, *caput*; 34, inciso VII, b; 226, par. 7º), a Constituição – inserida na tradição ocidental (conforme se verificou na abordagem de Sarlet, com Kant e Hegel) – atribui-lhe traços constitutivos determinados: concretude/historicidade, individualidade, racionalidade, sociabilidade. Essas dimensões da pessoa estabelecem alguns recursos como necessários para o pleno desenvolvimento ou para a vida digna do ser humano (liberdade, saúde, segurança, educação, etc.). Com isso, ao afirmar, no texto constitucional, a dignidade humana, o constituinte buscou colocar o ser humano como um credor de “bens” necessários para que ele alcance uma vida digna como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses “bens” estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004. p. 62.

⁶³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15-28. No fundo, esclarece Häberle: “(...) Estado e Direito, Constituição e política, podem atuar somente no sentido de apoiar, proteger, defender e ajudar (de modo ‘prestacional’) de forma efetiva. Um povo que de longa data nada sabe da *dignidade* de cada indivíduo e que age de modo correspondente também não pode, ao fim e ao cabo, mesmo com a ajuda de instrumentos jurídicos, viver constituído pela dignidade humana. O que a *dignidade humana* representa em termos de conteúdo ou, expresso de forma negativa, o que ela não representa, determina-se no dia-a-dia de cada homem, na sua conditio humana, mas também é determinado em situações excepcionais (do feriado constitucional até o estado de defesa). Significativa é, também, a auto-compreensão dos excluídos e dos sectarizados.” HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Traduzido por Ingo W. Sarlet; et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140.

Assim, esses recursos necessários à vida digna, quando considerados na perspectiva da comunidade, são chamados de *valores*. Os valores integram o “bem comum”, o conjunto de condições que permite a todos os membros da comunidade alcançarem a vida digna. Os valores formam o conteúdo dos deveres de justiça social. Assim, o desenvolvimento, enquanto valor, deve orientar a atividade econômica pública e privada. Na medida em que a atividade econômica persegue o *valor desenvolvimento social*, ela é justa, isto é, atende às exigências da justiça social.⁶⁴

Contudo, o salutar processo de expansão da defesa dos direitos humanos com forte impulso internacional, iniciado principalmente a partir do II pós-guerra, a precariedade do cenário social de civilizações periféricas - como a brasileira, marcadas por um quadro geral de “cidadanias precárias” – ainda sugere intervenções estatais *básicas*, nos moldes previstos pelo Constitucionalismo dirigente, até porque a efetivação de direitos sociais passa, primordialmente, pelo Estado que, paradoxalmente, conforme já dito nesta tese, ainda é soberano.

Por isso, retornando-se à relação que deve se manter inexorável entre cidadania e *atuação estatal dirigida pela Constituição*, assume-se a tese de que, tão importante quanto a atuação da jurisdição constitucional – referida alhures -, é o fomento de uma tradição hermenêutico social de um *sentimento constitucional*, para a implementação dos “compromissos modernos” do Estado brasileiro, materializados nas promessas de garantias dos direitos sociais e nos objetivos expostos na normatividade constitucional.⁶⁵

⁶⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 194

⁶⁵ Nesse sentido, as palavras de Paiva traduzem bem a importância da política do reconhecimento para a interconexão de expressões-chave utilizadas até o presente momento que podem ser destacadas tais como: democracia, igualdade, direitos fundamentais e dignidade humana. Eis o trecho do texto que se destaca pela sua precisão: “(...) as democracias modernas, viver em sociedade passou a significar a realização (ou sua tentativa) de duas concepções revolucionárias na configuração da esfera pública: de um lado, está implícita a concepção de indivíduo como o elemento fundante para a organização sócio-política das sociedades modernas; e de outro, está a necessidade de realização dessa condição, consubstanciada na idéia dos direitos humanos. Como vai apontar Charles Taylor em toda a sua obra, a primeira significa a aceitação da *dignidade* do ser humano como projeto de sociedade, trazendo a necessidade de transformá-la em uma política universal, e na segunda, está a realização da igualdade de direitos.” Angela R. Paiva em apresentação à obra de Patrícia Mattos (**A sociologia política do reconhecimento**: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006, p. 11).

5.3 POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E ÉTICA DO RECONHECIMENTO X SOFRIMENTO POLÍTICO

Do ponto de vista filosófico-político, a questão da subcidadania como um fenômeno de massa perpetrado historicamente, no bojo da sociedade brasileira, torna impossível qualquer pretensão de elaboração de uma *analítica das injustiças*, como a proposta por Fraser. Dito de outro modo, no Brasil há inúmeros integrantes do povo vítimas de injustiças socioeconômicas (exploração, exclusão e/ou privação de condições materiais mínimas de vida) e, concomitantemente ou não, vítimas de injustiças culturais.⁶⁶ Daí, inclusive, ressalva-se que, subseqüentemente, será privilegiada a política do reconhecimento sob o enfoque das matrizes tayloriana e honnethiana para a abordagem sobre a subcidadania e o constitucionalismo dirigente.

Contudo, antes de se adentrar no diálogo “sentimento constitucional-ética do reconhecimento”, é importante registrar - até para reforçar a afirmação feita acima sobre a *complexidade* do “fenômeno (sub)social” no Brasil - uma drástica consequência gerada pelas *injustiças socioeconômica e cultural* que é a *exclusão jurídica*. Então, daqui em diante, adiciona-se, de forma interativa, ao sofrimento político a dor da *subintegração jurídica*. Ideia contraposta pelo conceito de *sobreintegração*, como se depreende abaixo.

“A subintegração significa a dependência de critérios do sistema (político, econômico, jurídico etc.) sem acesso às suas prestações.”⁶⁷ Na esfera *jurídica*,

No agir e vivenciar do ‘subcidadão’ a Constituição apresenta-se antes como complexo de restrições oficiais corporificadas nos órgãos e agentes estatais, não como estrutura constitutiva de direitos fundamentais. Tal ausência de concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional relaciona-se com um discurso altamente constitucionalista da práxis política. De parte dos agentes governamentais, vinculados em regra à ‘sobrecidadania’, o discurso político aponta para a identificação do governo ou do Estado com os ‘valores’ consagrados no documento constitucional. Sendo evidente que tais valores não encontram o mínimo de respaldo na realidade constitucional desjuridificante do presente, os agentes de poder desenvolvem a retórica de sua realização no futuro (remoto).⁶⁸

⁶⁶ Para maiores esclarecimentos dos conceitos, remete-se o leitor ao texto de Nancy Fraser (Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**, explorado no item 1.1.2.1, do Capítulo I desta tese.

⁶⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 173.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 175-176.

Por outro lado, cumpre registrar, a *sobreintegração* – privilégio desfrutado pelos “sobrecidadãos”, como se verifica na citação anterior – “implica acesso aos benefícios do sistema sem dependência de suas regras e critérios.” Assim, em sua “prática jurídica”, o “sobrecidadão” utiliza, abusa ou rejeita as disposições constitucionais “conforme a constelação concreta de seus interesses políticos”.⁶⁹

Isso se dá por uma deficiência histórico cultural da sociedade e do Estado brasileiros que remetem não à dificuldade de implantação do Estado Democrático de Direito, mas de seu pressuposto – que é o próprio Estado de Direito, cujo princípio basilar é o respeito à legalidade em todos os seus desdobramentos, principalmente no que tange à impessoalidade, pois a “experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito.”⁷⁰ Isso porque na modernidade periférica pátria:

Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente dos seus congêneres na Europa Ocidental e na América do Norte. *No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, freqüente e impunemente ‘violada’ por Leviatã.*

Nesse contexto de instrumentalização do direito sem o contrapeso da sua indisponibilidade, há restrições complexas à ‘autonomia privada’ e à ‘autonomia pública’ no sentido habermasiano, ou seja, não se desenvolvem, respectivamente, os direitos humanos e a soberania do povo. A primeira implica a liberdade igual dos cidadãos. A segunda, procedimentos de formação da vontade estatal abertos imparcialmente à esfera pública pluralista. No Brasil, por um lado, a ‘autonomia privada’ é profundamente prejudicada pelas relações de dependência que se estabelecem entre privilegiados e ‘excluídos’. *Na medida em que os direitos humanos constitucionalmente estabelecidos como fundamentais não se concretizam, fortifica-se o significado dos favores e do clientelismo. Com esse problema relaciona-se a fragilidade dos procedimentos constitucionais democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à privatização do Estado.*⁷¹

A situação, portanto, é mais grave na medida em que se diagnostica, concomitantemente à formação da desigualdade no Brasil, a ausência de um Estado de Direito no sentido da sua impessoalidade. O princípio da legalidade vale não para todos (*para os amigos tudo, para os inimigos a lei!*). Nesse caso, não se trata de uma referência “às

⁶⁹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, p. 175.

⁷⁰ Id. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas e Luhmann*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 246.

⁷¹ *Ibid.*, p. 245. (Grifou-se)

experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84”, quando houve “uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais”.⁷² Assim, entende-se que

O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes sejam ‘garantidos’ legal e constitucionalmente. Trata-se de falta de acesso ao direito e, por conseguinte, de ‘exclusão’ social. Em regra, as respectivas pessoas e os grupos sociais correspondentes só são considerados pelo legalismo unilateral quando entram em contato com o sistema a seu desfavor, ou seja, como culpados, réus, condenados, presos etc., não como detentores de direitos. A respeito, pois, tem sentido realmente falar em subintegração no sistema jurídico.

*Os indivíduos estão subordinados rigorosamente às prescrições coativas, mas não têm acesso aos direitos. A rigidez legalista, parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização de conteúdos e procedimentos da ordem jurídica em termos isonômicos.*⁷³

Se em uma face (a “periférico brasileira”) a *crise da legalidade* – e a consequente subintegração no sistema jurídico-, descrita acima por Neves, completa o triste drama da subcidadania social, na outra face, numa escala mundial, a perda de eticidade no direito é reflexo da perda de eticidade das sociedades pós-convencionais, cujo principal efeito é o fato de que o mundo da vida tem sido “colonizado” mediante processos de “monetarização” e “burocratização”. O dinheiro e o poder constituem meios de controle que são independentes da linguagem que os geram, portanto, estruturas sociais isentas de conteúdo normativo ou prático-moral.⁷⁴

Diante disso e de todo o cenário apresentado até aqui, não se vislumbra outra possibilidade para o momento senão a de engrossar o coro da “resistência constitucional”, entendida como um “compromisso ético” para a afirmação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, seja “através da jurisdição constitucional”, como defende veementemente Streck⁷⁵, ou pela atuação dos demais Poderes, o que tem se mostrado mais falho, ou pela efetiva participação do povo, como propõem, por exemplo, Häberle e Müller,

⁷² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas e Luhmann, p. 244.

⁷³ Ibid., p. 254-5. (Grifou-se)

⁷⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, p. 115.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo e Concretização de Direitos no Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora. Coleção STVDIA JVRIDICA, nº 89, 2006, p. 134.

conforme visto alhures. Em relação ao povo – que na verdade é o fundamento emanador dos demais (CF/88, art. 1º, parágrafo único) – a sua motivação, quanto à sua inserção nesse “projeto de resistência...”, vê-se esvaziada na medida em que se depara com a deturpação do texto constitucional no processo de concretização.

Dito de outra forma, e mais uma vez com inspiração em Neves, ao se referir à noção de “concretização desconstitucionalizante” ou “desconstitucionalização fática”, a concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada de modo permanente e generalizado por fatores econômico-políticos, não havendo qualquer relação consistente entre o texto e a concretização.⁷⁶ Como resultado, a Constituição não se torna uma referência válida para os cidadãos, em geral, e para os agentes públicos, em particular, cuja atividade se desenvolve apesar dela e até contra os seus dispositivos.⁷⁷

Dessa forma, a constitucionalização funciona como “um álibi”, pois

O Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento da ‘sociedade’.” Por outro lado, “na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a ‘subcidadania’ e atribuir ao Estado/governo dos ‘sobrecidadãos’ a ‘culpa pela não-realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível se estivesse o Estado/governo em outras mãos. A essa retórica constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do direito.”⁷⁸

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade, capítulo 2.

⁷⁷ Cf. NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática**: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder, *RTDP*, n. 12, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 158-160. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**, p. 309.

⁷⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, p. 176. Alguns dados, colhidos da pesquisa de Faria, podem ser ora aproveitados como um bom exemplo sobre a postura dos sobreintegrados no que diz respeito aos dados da atuação, no Brasil, do Grupo de Investidores Estrangeiros (GIE), “uma entidade sem sede, registro, cargos, eleições ou secretaria, que congrega as empresas responsáveis por 90% dos investidores externos do país. Nascido em 1990 por iniciativa dos presidentes das Câmaras de Comércio americana, japonesa e alemã, o GIE hoje atua, no plano externo, facilitando os contatos do governo brasileiro com os grandes conglomerados transnacionais; e, no plano interno, pressionando pela revogação das restrições jurídico-constitucionais que discriminam as empresas não-nacionais. Como a discricção e a informalidade são as principais características do GIE, muito pouco de sua atuação é noticiada pela imprensa. Um dos raros registros foi publicado pela *news-latter* ‘Relatório Reservado’, na edição de 25 de março de 1996 (n. 1.506, p. 7). Sob o título “Eminência parda da globalização”, a matéria afirma que o GIE obteve sua primeira vitória quando conseguiu o desbloqueio dos dividendos das empresas estrangeiras no país, na época do confisco do governo Collor. Em 91, o GIE apresentou ao governo o Plano de Competitividade Industrial, formalizou sua existência durante a formação das câmaras setoriais e passou a atuar em parceria com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico. A partir do governo Fernando Henrique, o GIE passou a representar os 10 países com mais investimentos no Brasil, mediante a adesão de representantes do Reino Unido, Itália, França, Canadá, Suíça, Suécia e Holanda. Diz o “Relatório Reservado”: “a proposta do GIE é funcionar como um *sounding board*, para ouvir as idéias do governo sobre investimento estrangeiro e facilitar sua realização. Composto por 26 executivos, distribuídos pelo peso dos investimentos de cada país no Brasil – seis representantes dos Estados Unidos, quatro da Alemanha e dois de cada um dos outros participantes – o GIE

“No plano da reflexão jurídico-constitucional”, arremata o autor, “essa situação repercute ‘ideologicamente’, quando se afirma que a Constituição de 1988 é ‘a mais programática’ entre todas as que tivemos e se atribui sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro.” Com a classificação do texto constitucional dirigente como um compromisso dilatatório - “a promessa de uma sociedade socialmente justa (...) – confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica (...)” À Constituição, então, é atribuída a “responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos (...) como se eles pudessem ser solucionados mediante as respectivas emendas ou revisões constitucionais”.⁷⁹

Reforçando esse quadro desolador em termos de efetivação do texto constitucional, especialmente em seu compromisso transformador do *status quo*, percebe-se que:

À constituição simbólica, embora relevante no jogo político, não se segue, principalmente na estrutura excludente da sociedade brasileira, ‘lealdade das massas’, que pressuporia um Estado de bem-estar eficiente (...). À medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do diploma constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai no descrédito. A inconsistência da ‘ordem constitucional’ desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Desmascarada a farsa constitucionalista, seguem-se o cinismo das elites e a apatia do público. Tal situação pode levar à estagnação política.⁸⁰

estabeleceu como seu objetivo assessorar o governo na identificação dos principais impedimentos aos investimentos externos no País. Para isso vem se organizando, agora, em sete grupos, distribuídos conforme as prioridades de trabalho agendadas para este ano. O primeiro grupo estuda o chamado Custo Brasil. O segundo, tópicos da constituição que discriminam o investimento internacional (...). O terceiro grupo estuda itens da legislação comum que contenham discriminação ao investimento interno. O quarto trata da propriedade intelectual (...). O quinto grupo estuda a lei específica de investimentos estrangeiros (...). O sexto grupo trata da divulgação dos progressos que vêm sendo alcançados pelo governo e o sétimo, e último, trata da Balança de Pagamentos. Os executivos do GIE ressaltam a mudança do modelo de desenvolvimento econômico. Enquanto nos anos 70 o Estado se encarregava de grande parte dos investimentos no País, hoje a maior parte dele terá de vir do setor privado, sendo que boa parcela do exterior. Segundo o GIE, para cada ponto de crescimento do País, são necessários quatro de investimentos. Por isso, o GIE vem se organizando para potencializar o complemento estrangeiro à poupança interna e auxiliar o Brasil na retomada de crescimento. Mas não por motivos filantrópicos. O Brasil vem crescendo em importância no faturamento das principais corporações multinacionais e o GIE não deixa de ser um embaixador informal das Big 500, um canal de mão dupla entre interesses brasileiros e empresariais.” FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**, p. 26-27.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, p. 186. “No âmbito da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são freqüentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocadas.” Ibid., p. 187.

⁸⁰ Ibid., p. 187-188.

Ou, pior, pode levar ao que Bercovici e Massoneto chamaram de inversão do dirigismo constitucional no que diz respeito por um lado à inoperância do Estado social e de suas pontuais (ou frágeis) intervenções econômicas e, por outro, aos potentes e eficazes ajustes financeiros a fim de se atender às políticas neoliberais e de se “acalmar o mercado”. Assim, nos dizeres dos autores,

A constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas; do déficit público e a ‘ingovernabilidade’; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação da riqueza privada.”⁸¹

A análise fática que fundamenta a abordagem conclusiva citada aparece da seguinte forma na obra dos autores:

A partir das últimas décadas do século XX, o padrão de financiamento público da economia do segundo pós-guerra passou a ser contestado, dando início à reação neoliberal e ao desmonte institucional do Sistema de Breton Woods. (...) Como consequência, a integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo. O que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente. No Brasil, a Constituição de 1988 e a prática do período posterior refletem claramente este ponto de inflexão. Elaborada sob os auspícios de sucessivas reformas financeiras, a constituição espelha a tensão entre as ordens econômica e financeira, ora tratando-as de maneira separada, como no isolamento da constituição orçamentária e da constituição tributária, ora integrando-as como elemento indivisível, pela convergência de princípios comuns e indissociáveis.⁸²

⁸¹ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** Coimbra (Portugal), vol. XLIX, 2006, p. 73. (Grifouse) Assim, a “(...) indiferença atual entre o direito constitucional e o direito financeiro ignora o tema central da articulação entre constituição financeira, constituição econômica e constituição política dentro da constituição total. E isto não ocorre sem razão. Confirmando a hegemonia das tendências neoliberais que sucederam a ruptura do padrão de financiamento da economia do segundo pós-guerra, a desarticulação das ordens financeira e econômica nas constituições reflete a contradição do novo padrão sistêmico de acumulação com o paradigma da constituição dirigente, implicando o surgimento de um novo fenômeno: a constituição dirigente invertida.” Ibid., p. 57-58.

⁸² Ibid, p. 59-60.

E o pior é que a prática, objeto de estudo e base para a formulação teórica apresentada acima, pode ser comprovada cotidianamente pelos governos e governantes⁸³. Por isso, mais uma vez insiste-se na necessidade de atuação das instituições, dentre elas, com importante papel delineado pelo Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional, conforme reconhecido até mesmo por seus radicais opositores, conforme mostrado no capítulo II, na citação do texto de Lima, para quem o Judiciário não pode fugir do encargo de “*Corte controladora da constitucionalidade das medidas de governo*”⁸⁴.

Assim, no campo do direito, como tentativa de “controle” às investidas do Estado que age de maneira totalmente tendenciosa – direcionada privilegiadamente para “eterna busca do equilíbrio financeiro” e para a “tranquilização do mercado” –, a hermenêutica, de cariz filosófico, aplicada à jurisdição constitucional procura ofertar as condições de possibilidade para que o jurista dispa-se de sua armadura positivista e atue em prol da efetivação dos direitos sociais.⁸⁵ Essa afirmação remonta à abordagem desconstrutivista/reconstrutivista da hermenêutica no direito abordada ao final do capítulo II desta tese.

Além dessa defesa da comprometida atuação das instituições para o resgate das promessas da modernidade, é preciso também tentar resgatar ou mesmo implementar a tradição de um sentimento de pertencimento do cidadão à constituição, o *ser-no-mundo*, como um *ser-na-constituição*. *A constituição como um existencial*.

A ontologia constitucional não pode ser, de forma alguma, atrelada às amarras da *metafísica tradicional*⁸⁶. Nesse sentido, o primeiro passo pode ser a superação do longo processo de “depuração” pelo qual passou o direito e, a reboque o Direito Constitucional, em seu aprisionamento positivista, no sentido do resgate de uma (nova) ética: uma ética inclusiva e que reconheça o sentimento da (na) Constituição.

⁸³ Como exemplo, tem-se o seguinte trecho de reportagem jornalística: “O governo mandou os bancos informarem à Receita todas as movimentações financeiras que ultrapassarem, no período de seis meses, R\$ 5 mil (no caso de pessoa física) e R\$ 10 mil (no caso de pessoa jurídica). A Constituição garante o sigilo bancário (que só pode ser quebrado por ordem judicial) a partir do consagrado princípio da presunção de inocência: todo cidadão é inocente até que se prove o contrário. **O governo rasga a Constituição e transforma pessoas físicas e jurídicas em culpados a priori – culpadas de sonegação ou lavagem de dinheiro.** Para não terem a sua conta violada, empresários, por exemplo, teriam de movimentar menos de R\$ 2 mil por mês e funcionários teriam de receber salário mensal inferior a R\$ 1 mil. A OAB decidiu, na terça-feira 22, lembrar o governo que o Brasil é um Estado democrático de Direito.” Conforme notícia colhida de periódico brasileiro: Empresário que movimentar mais de 1,6 mil por mês terá conta bisbilhotada. **Istoé**. São Paulo, ano 31, nº1995, 30 de jan. 2008, A Semana, p.23. (grifos do original).

⁸⁴ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso; *et al* (orgs). **Constituição e Estado social: os obstáculos à Concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2008 p. 198. (Grifou-se)

⁸⁵ Neste sentido, por todos STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, cap. IV.

⁸⁶ Vide nota explicativa – crítica heideggeriana - no capítulo 2.

5.3.1 O Sentimento Constitucional e a Ética do Reconhecimento como Pressupostos para a Construção do Sujeito Constitucional

O termo sentimento constitucional, assim como o termo consciência constitucional, conduz para o seguinte objetivo: a integração da cidadania na *ratio* (razão de ser) e no *telos* (finalidade) da ordem constitucional.⁸⁷

Para Lucas Verdú, a consciência constitucional “es una facultad del hombre, en cuanto ciudadano, que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida que satisface sus convicciones político-sociales.”⁸⁸ E esta identificação não está relacionada à letra do texto constitucional, mas aos fatores determinantes – ao “espírito” – que anima a finalidade que tem a Constituição.

Numa abordagem hermenêutica, trata-se de um sentido “*con-sentido* que es una participación conjunta de todos los sentidos, pues lo que siento me acompaña en todos mis contactos mundanales; es *consentir*, que significa además de sufrir, tolerar y permitir que los otros participen en mis actos e voliciones.”⁸⁹

Ainda de acordo com Lucas Verdú - embasado na teoria de Pellegrino Rossi -, o *Sentimento Constitucional* atua como um verdadeiro liame moral entre as instituições e os homens e, se essa vinculação moral falha, “resulta que a) nada é sólido nem regular, b) não há cuidado na defesa da ordem estabelecida, c) nem espírito de continuidade nas reformas.” Não há como negar que a ideia de um sentimento constitucional remonta, em seu nascedouro, a visão liberal-burguesa do século XVIII, mais especificamente datada de 1789, ocasião da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*: “Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. O *ter* (anseios populares veemente demonstrados) e o *estar em* (ordenação racional da convivência política) *Constituição*, foram sentimentos patentes de países que lutaram por independência.⁹⁰

⁸⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. Consciencia y Sentimiento Constitucionales (Examen de los Factores Psicopolíticos como Integradores de la Convivencia Política). *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* Universidad de Murcia, nº 9, 1997, p. 54.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 62.

⁸⁹ GURMÉNDEZ, Carlos. Sentimiento. In: ORTIZ-OSÉS, Andrés; PATXI, Lancers (orgs). *Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 751.

⁹⁰ Cf. LUCAS VERDÚ, Pablo. *El Sentimiento Constitucional*: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985, p. 66-8. Na Tradução brasileira: *Sentimento Constitucional*: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política. Traduzido por Agassiz A. Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 71-2.

Para países recém-saídos de experiências institucionais autoritárias, com Estados sociais omissos, uma concepção da Constituição Dirigente, condizente com os valores de um Estado Democrático de Direito, deve se fundamentar numa teoria que, por sua vez,

ya no puede ser, sólo, fruto de la intelección constitucional, sino, además, y en algunos momentos y casos muy significativamente, resultado de la sensibilidad constitucional, de modo que la explicación de las conexiones normativo-institucionales del 'estar-em-Constitución' nunca han de perder de vista las motivaciones emocionales del 'tener-Constitución' y de convivir conforme a la Constitución.

En principio, el sentimiento constitucional consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia.⁹¹

No caso do Brasil, além da noção da sua força normativa - legado da tradição constitucional europeia do século XX (pós-II Guerra) -, a compreensão da Constituição como dirigente, programática e compromissária é fundamental para se atribuir sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade.⁹²

O texto constitucional estabelece a linguagem comum para a construção do reconhecimento intersubjetivo. Ele delimita o âmbito da palavra e da ação (Arendt). Ao inscrever os valores supremos da comunidade política, a Constituição inaugura uma comunidade narrativa, uma linguagem instituidora do sentido e do destino da vida em sociedade (Taylor e Honneth). Portanto, ela define os horizontes simbólicos da instituição da sociedade.

Nas palavras de Lucas Verdú,

La Constitución o, más exactamente sus fórmulas concretas, tienen carácter de símbolos jurídicos, contienen expresiones que pueden transmitirse en la vida diaria, a los juristas y en general a los ciudadanos. A su sentido convencional añaden especiales significados. Estos 'significados añadidos', o mejor 'para-significados',

⁹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. **El Sentimiento Constitucional**: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política p. 69-71 (Grifou-se). Na Tradução brasileira: **Sentimento Constitucional**, p. 74-5.

⁹² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, p. 31. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito, p. 209.

influirán en todos los niveles inferiores de la conciencia humana, en el subconsciente.⁹³

Assim, na elaboração de um texto constitucional há

Esfuerzos de reconducir las representaciones inconscientes acerca del Estado al marco de la posibilidad consciente. Trátase de una parte, en una ‘desmitologización’ especialmente en una democracia, pues esta ‘significa el dominio de los contenidos de representación conscientes en la convivencia humana. Una consciencia constitucional insuficiente produce, poco a poco, malestar social gradualmente al ciudadano del Estado e incrementa la neurosis política. *La hendidura entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional no sólo implica un abismo entre la normatividad y la normalidad, además supone una defectuosa interiorización del desarrollo constitucional por los ciudadanos, de suerte que puede amenazar al Estado en cuanto proceso vital básico* (Smend).⁹⁴

O convívio comunitário, organizado a partir de um Estado, cujos fins são pautados por metas sociais ambiciosas, requer dos cidadãos uma *elevada consciência*, bem como uma *dedicação a interesses superiores*. Em uma comunidade política, a força, o temor ou a sanção não são suficientes para impor os valores fundamentais, pois estes descansam, em consideráveis proporções, em percepções espontâneas ou em tradições assumidas, descansam, enfim, em uma *consciência civil*. Nessa perspectiva, arremata Lucas Verdú,

El Estado moderno, en la medida que pretende ser y continuar siendo una comunidad con amplitud de miras, requiere la difusión social de una forma particular de conciencia civil, abierta al consenso que tiene por objeto el valor de la solidaridad entre los extraños, supone un ‘amor del lejano’ (*Fernstenliebe*) exigente y comprometido.⁹⁵

De acordo com Canotilho, a “consciência humana” deve ser colocada no centro da Teoria da Constituição.⁹⁶ Com isso, o reconhecimento intersubjetivo se expressa como pressuposto indispensável às relações sociais, políticas e jurídicas. A dignidade intersubjetivamente compartilhada, no sentido tayloriano de “levar o outro em consideração”, representa uma dimensão simbólica insubstituível, sem a qual padecem de inefetividade qualquer regra jurídica que busca assegurar a dignidade humana.

⁹³ LUCAS VERDÚ, Pablo. **El Sentimiento Constitucional**: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política, p. 129. (Grifou-se). Na Tradução brasileira: **Sentimento Constitucional**: Aproximación ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política, p. 137.

⁹⁴ Ibid., 129-130. (Grifou-se). Na Tradução brasileira: **Sentimento Constitucional**, p. 137.

⁹⁵ Ibid., p. 130. (Destaque no original). Na Tradução brasileira, p. 138.

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, p. 131-135.

Segundo Honneth, o direito permite a configuração do auto-respeito que introduz a dimensão da alteridade no âmbito das interações sociais. De outra sorte, o direito constitui uma etapa fundamental do reconhecimento intersubjetivo, consubstanciando instância normativa de afirmação da visibilidade, na medida em que a adjudicação de direitos representa uma dimensão indispensável da cidadania.⁹⁷

Das fases do reconhecimento elencadas por Honneth, portanto, depreendem-se a adjudicação de direitos (fase do direito) e a solidariedade (orientação comum por valores comunitários) como aquelas privilegiadas pela presente discussão: a relação entre o dirigismo-valorativo-constitucional e a construção da cidadania, ou seja, o constitucionalismo brasileiro e o desenvolvimento da identidade cidadã do indivíduo que compõe a comunidade estatal.

A exigência do reconhecimento na efetivação do projeto do constitucionalismo dirigente em países de modernidade diferenciada, como o Brasil, adquire “caráter de urgência dados os supostos vínculos entre reconhecimento e identidade, em que ‘identidade’ designa algo como uma compreensão de quem somos, de nossas características definitórias fundamentais como seres humanos.”⁹⁸ A tese defendida por Charles Taylor, em sua *Política do Reconhecimento* de que o não reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem fazer com que determinada identidade seja aprisionada numa modalidade *falsa, distorcida* ou *reduzida*, como visto no capítulo I, pode ser utilizada como uma lente privilegiada para a leitura e discussão sobre a exclusão de enorme parcela da sociedade que não se (vê) reconhece na Constituição.

Transpondo-se a discussão para o caso brasileiro, a questão da construção de identidades cidadãs é precária para a enorme parcela da sociedade na medida em que o reconhecimento igual vem sendo historicamente negado a todos aqueles que não estiveram inseridos no (vantajoso para alguns) “processo modernizador” brasileiro, ou seja, a uma numerosa parcela da população. E a imagem de inferioridade interiorizada na identidade de enorme parcela de indivíduos brasileiros contribuiu para a formação (e constante renovação) de um imenso contingente de *subcidadãos*.⁹⁹

Na esfera do reconhecimento público, a (falta de) postura ética (no sentido de igual valorização da dignidade humana) do Estado e da sociedade brasileiros contribuiu para a

⁹⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** A gramática moral dos conflitos sociais, p. 155-211.

⁹⁸ TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: _____. **Argumentos Filosóficos**, p. 241.

⁹⁹ “A projeção de uma imagem inferior ou desprezível sobre outra pessoa pode na verdade distorcer e oprimir na medida em que a imagem é internalizada.” *Ibid.*, p. 249,

naturalização da desigualdade (Jessé Souza, com base em Taylor) e, conseqüentemente, para a formação de uma *cidadania de segunda classe*¹⁰⁰.

Assim, na realidade periférica brasileira, a ausência de uma concepção de dignidade intersubjetivamente compartilhada como substrato das práticas e instituições modernas estabelece limites intransponíveis para o desenvolvimento de uma linguagem autêntica (*avaliação forte* no sentido tayloriano) de efetivação dos direitos e da cidadania. Trata-se de uma linguagem distorcida que não permite a comunicação real entre inúmeros setores da sociedade. Qual o papel da Constituição, então, além daquele destacado pela tese da sua programaticidade dirigente exposta desde Canotilho e desenvolvida no Brasil, com ênfase na atuação da Jurisdição Constitucional, por autores como Streck?

A Constituição pode contribuir para a construção de uma identidade simbólica aberta e relacional. Ela pode ser justamente o objeto (não separado do sujeito) projetante de identidades simbólicas ligadas à autêntica tradição democrática e garantidora de direitos fundamentais. A identidade simbólica, hermeneuticamente proposta por Ortiz-Osés, “es una identidad *cultural*, que se distingue tanto de las identidades literales como de las identidades abstractas.”¹⁰¹

Adaptando-se as teorias de Honneth e de Taylor, a Constituição pode ser considerada o pano de fundo moral para o reconhecimento da cidadania, ou seja, ela deve não só pautar toda a atuação do Estado, como também o agir social, pois sem esse *ethos* valorativo mínimo, ou seja, sem o *reconhecimento ético da identidade cidadã* não há a propagação suficiente do *sentimento constitucional*. Este sentimento desenvolve-se e, ao mesmo tempo, depende da vontade popular que, por sua vez,

Pressupõe um elevado índice de maturidade democrática como ponto distintivo da cultura política de um povo. Do contrário, a substância da vontade popular não teria como manifestar-se por intermédio da representação política ou através da participação direta dos cidadãos na dialética política. A aferição da vontade popular depende de requisitos materiais – condições mínimas de existência – e de uma efetiva educação democrática.¹⁰²

¹⁰⁰ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 251. (Grifou-se).

¹⁰¹ A identidade simbólica pode ser entendida como “una identidad diferenciada que articula su interpretación móvil proyectando imágenes simbólicas de sentido que encuentran su agarradero en la tradición cultural convivida por el hombre a lo largo del tiempo en su espacio existencial.” Cf. OSÈS-ORTIZ, Andrés. Identidad simbólica. In: _____.; Andrés; PATXI, Lancers (orgs). **Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 340.

¹⁰² Prefácio de Agassiz Almeida Filho à versão traduzida da obra de LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política, p. XV.

No Brasil, há dificuldades de se implementar o discurso da Constituição dirigente compromissária de 1988 porque a cidadania brasileira ainda está em fase de formação.

A efetividade dos direitos sociais e o amadurecimento da participação democrática ainda dependem de um longo ciclo evolutivo. Apesar de a democracia formal haver se consolidado, não ocorreu o mesmo com a democracia material, única compatível com a tradição do constitucionalismo euro-atlântico. Dito de outro modo, o cidadão brasileiro médio tem dificuldades no momento de expressar-se enquanto membro da comunidade jurídico-política. Isso ocorre em virtude de uma nítida carência de formação política e de falta de exercício de cidadania, decorrências inevitáveis dos vários estrangulamentos sociais que caracterizam a sociedade brasileira.¹⁰³

Nesse sentido, Carvalho também chama a atenção para a “lenta marcha da cidadania entre nós, qual seja, a incapacidade do sistema representativo de produzir resultados que impliquem a redução da desigualdade e o fim da divisão dos brasileiros em castas separadas pela educação, pela renda, pela cor.”¹⁰⁴

Em uma representação enviada à Assembléia Constituinte de 1823, José Bonifácio afirmou “que a escravidão era um câncer que corroia nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática.”¹⁰⁵

Contrariamente a isso, como instituição guardiã das promessas constitucionais, é indubitável que a atuação da Jurisdição Constitucional seja extremamente salutar na luta pela concretização das promessas da modernidade descumpridas no Brasil. Todavia não se pode sobrecarregar de expectativas essa instituição, até porque boa parte daqueles que detém o poder de *atuar judicialmente* em prol da efetivação do texto dirigente, não o fazem.

Essa problemática pontuada por Zaffaroni, conforme mostrou-se, traz à tona uma delicada questão que põe em xeque não diretamente a legitimidade da jurisdição constitucional, mas a responsabilidade daqueles que cuidam da aplicação, em diferentes esferas, do texto da Constituição. A partir do momento em que não há um comprometimento com o sentimento constitucional, fragiliza-se a concretização do discurso efetivador de políticas sociais.

¹⁰³ ALMEIDA FILHO, Agassiz. Prefácio. In: LUCAS VERDÚ, Pablo. **Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. xvi.

¹⁰⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 228.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 229. Sobre maiores detalhes da participação de José Bonifácio na Assembléia Constituinte de 1823, v. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, p. 39-96.

E, além disso, também corre-se o risco, quando se deposita todas as fichas do Estado Democrático de Direito no Judiciário, de se ver os excessos praticados por este que, extasiado de poder, pode se arvorar na condição de *superego da sociedade* (Maus, capítulo II desta tese).

Na verdade quando se fala em *sentimento constitucional*, fala-se diretamente do sentimento de pertencimento do povo, não de uma minoria (privilegiada) do povo, mas de todo o povo, à Constituição entendida não como uma carta utópica, mas como um plano de atuação capaz de conduzir permanentemente os rumos de um Estado brasileiro, que ainda precisa (e muito!) assumir-se como social. Nesse diapasão, as palavras conclusivas da obra de Müller (**Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**) conectam-se perfeitamente com a percepção sobre necessidade de um incessante (re)pensar sobre a efetiva participação do povo nas decisões políticas dentro do *constante processo de construção da democracia*¹⁰⁶ ao expor que:

Também como *texto de Estado de Direito* (em vez de texto ideológico), o ‘poder constituinte do povo’, ainda não pode desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o *seu* Estado. O ‘poder constituinte do povo’ ainda continua sendo o seu conceito finalista; e ainda não é o texto do povo, com o fim de permitir a este organizar-se a si mesmo. Talvez seja possível que algum dia o povo (uma multiplicidade em si distinta, mesclada, dividida em grupos, mas organizada igualmente e sem discriminações) ainda tome posse do texto sobre o seu poder constituinte.¹⁰⁷

Falta, portanto, *sentimento constitucional*, cujo papel na efetivação de uma democracia material depende da assimilação de um *vocabulário de valor* compartilhado dialogicamente por toda a *comunidade de intérpretes da Constituição*¹⁰⁸. Sem o fomento desse *sentimento*, que, por sua vez, depende diretamente do reconhecimento ético da identidade cidadã, falta um importante impulso para a implementação do Dirigismo Constitucional.

¹⁰⁶ Streck e Morais sintetizam essa idéia a partir da junção das concepções de Lefort, “para quem a democracia é constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente” e de Castoriadis, “para quem ‘uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa é *uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta*.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 100. (grifos dos autores)

¹⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004, p. 139.

¹⁰⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**.

5.3.2 O Sentimento Constitucional e a Ética do Reconhecimento em Face do Sofrimento Político

No item anterior, abordou-se a interconexão entre as ideias de sentimento constitucional e a ética do reconhecimento. Isso permite que agora seja possível retornar ao mal mencionado denominado *sofrimento político* que, por sua vez, conforme visto, não pode ser encarado nem apenas psicologicamente nem tampouco como só um problema político.

A exclusão social como uma das consequências da construção moderna da subcidadania no Brasil enfocadas até aqui sob a ótica da má distribuição de renda e, principalmente sob o olhar crítico a respeito da inoperância de um Estado social generoso com as elites¹⁰⁹ no decurso do século XX.

O sofrimento político, como visto com Neves, é também jurídico, na medida em que há de um lado o “estelionato” praticado pelos “donos do poder” em relação ao cumprimento da legalidade no Brasil e, de outro, a falta de possibilidade de acesso aos direitos “essencialmente” fundamentais e de participação política (numa perspectiva ampla transformadora) dos subcidadãos, vítimas de *injúrias morais*, expressão cunhada por Honneth, e trabalhada no primeiro capítulo, que se relaciona com a *negação de direitos e com a exclusão social, em que seres humano padecem em sua dignidade por não terem/verem concedidos para si os direitos morais e as responsabilidades de uma pessoa legal plena em sua própria comunidade.*¹¹⁰

Na verdade, a desigualdade no Brasil atinge padrões tão alarmantes que existem aqueles indivíduos que se encontram aquém da invisibilidade social, se isso for possível! E o pior que, por mais absurda que pareça, essa informação pode ser demonstrada facilmente a partir dos dados apresentados até aqui nesta tese e ainda reforçada por tantos outros.

O reforço dessa afirmação pode advir do seguinte *raciocínio lógico* (com o perdão da hermenêutica), como se depreende a seguir na pesquisa, realizada por Fernando Braga da Costa, que serviu de comprovação empírica para a compreensão de categorias como *invisibilidade, humilhação social, sofrimento político*, etc., no capítulo III, ao demonstrar que, no Brasil existem pessoas que trabalham, recebem salário, inclusive do Estado, ou seja, possuem algum tipo de inserção, mas ainda sim por motivos de injustiças (socioeconômicas e culturais – Fraser; e jurídica – Neves) são “homens invisíveis”.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, capítulo I.

¹¹⁰ Vide Capítulo 3 desta Tese.

A situação dos gari, *sentida* e observada por Braga durante anos na Cidade Universitária da USP demonstra a existência de indivíduos subintegrados, de subcidadãos (invisíveis) no Brasil. Contudo, abaixo desse nível social ainda há um enorme contingente de cidadãos(?) desempregados que *lutam por reconhecimento* em praticamente todas as esferas morais da gramática dos conflitos sociais.

No documentário sobre a vida e a obra de Milton Santos, enquanto as câmeras mostram as imagens de uma multidão de milhares de pessoas que dão voltas em torno do espaço destinado à manifestação da maior festa carnavalesca do Brasil, no Rio de Janeiro, a “Marquês de Sapucaí”, o narrador da obra discursa:

De fato para a maioria da humanidade a globalização está se instalando como uma fábrica de perversidade: o desemprego crescente torna-se crônico, a pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida e a sua renda tende a baixar, a fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes (...).¹¹¹

Numa segunda narrativa, o locutor explica as imagens (de milhares de pessoas, numa determinada manhã, aguardando em frente aos portões do “sambódromo”) conectando-as, então, com a sua fala anterior (sobre os efeitos nefastos da globalização):

A fila na Marquês de Sapucaí no Rio de Janeiro não é para assistir a um desfile de escola de samba, mas simplesmente para concorrer a uma vaga de gari na empresa de limpeza pública na cidade. A abertura dos portões revela a angústia dos que lutam por um emprego estável e seguro nesta globalização na qual os de baixo a cada dia que passa trabalham mais, com *menos direitos*.¹¹²

As cenas são de um incontável número de pessoas que, literalmente, se degladiam, cercadas pela polícia que, por sua vez, tenta, com golpes de cacetetes, organizar filas e controlar a entrada de desempregados que tentam se inscrever, perante balcões de atendimentos improvisados nas dependências do “sambódromo”, para concorrer a uma vaga para um emprego (na sociedade laboral moderna – *Arendt*) que lhes dê melhores condições de vida. Qual é o cargo? Aquele mesmo, objeto de estudos de Braga sobre *humilhação social*, etc., o de gari. Logo, retornando-se ao raciocínio, fica a questão: o que são, no Brasil, esses indivíduos, e tantos outros, sem emprego, sem renda, sem direitos, sem reconhecimento

¹¹¹ **Encontro com Milton Santos:** ou o Mundo Global visto do lado de cá. Rio de Janeiro: Caliban, 2006, 1 DVD, 100 min.

¹¹² Ibid. (Grifou-se)

(atuação) de um Estado social(?), enfim, sem respeito à sua dignidade humana. No lugar da resposta – óbvia -, apresentam-se alguns dados colhidos por Carvalho:

A escandalosa desigualdade que concentra nas mãos de poucos a riqueza nacional tem como consequência níveis dolorosos de pobreza e miséria. Tomando-se a renda de 70 dólares – que a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera ser o mínimo necessário para a sobrevivência – como a linha divisória da pobreza, o Brasil tinha, em 1997, 54% de pobres. A porcentagem correspondia a 85 milhões de pessoas, numa população total de 160 milhões. No Nordeste, a porcentagem subia para 80%. A persistência da desigualdade é apenas em parte explicada pelo baixo crescimento econômico do país nos últimos 20 anos. Mesmo durante o período de alto crescimento da década de 70 ela não se reduziu. Crescendo ou não, o país permanece desigual.¹¹³

O “tratamento” dessa situação, portanto, é complexo e passa, na perspectiva (limitada) do direito, como etapa insubstituível de afirmação de identidades cidadãs (*Taylor e Honneth*), pela revisão de determinados paradigmas, a começar pela própria noção, dentro do que foi trabalhado até aqui, de Teoria da Constituição, no sentido de se assumir que esta Teoria não deve servir apenas de fundamento, como uma espécie de “subsídio científico” para elocubrações acerca de um Poder Constituinte (sempre abstrato e distante no tempo e no espaço), de uma Teoria da Norma (cientificista kelseniana na maioria das vezes) e da Legitimação da Jurisdição Constitucional (que, não raras vezes aparece na teoria e, mais ainda, na prática como auto-suficiente).

Na verdade, ao se invocar Constituição como fundamento (sem fundo¹¹⁴) numa perspectiva de uma Teoria Adequada a Países de Modernidade Tardia, deve-se considerar o povo. Morais indaga: “*onde* está o povo nesta formulação da estrutura jurisdicional do Estado contemporâneo?”¹¹⁵ E aqui se amplia a questão: onde está o povo no Dirigismo Constitucional? Ou, onde está o povo na “TCDAPM”? Segundo o autor,

Como destinatário, este *povo* da democracia vem percebido como titular de um conjunto de *compromissos políticos* – os direitos humanos – como pressupostos de sua constituição efetiva, pois, *sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, ‘o povo’ permanece em metáfora ideologizante abstrata de má qualidade. Só com a prática efetiva destes é que ele se torna, para F. Muller, povo de um país (Staatsvolk)*

¹¹³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho, p 209.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito.

¹¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, p. 107. (Grifo do original)

*de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global.*¹¹⁶

E aqui, retorna-se à epígrafe deste capítulo e, com inspiração, em Mello, considera-se povo o conjunto de cidadãos, não necessariamente homogêneo, mas ao menos em condições de partida minimamente digna para se alcançar hermeneuticamente uma identidade constitucional, ou seja, uma identidade sentida e reconhecida. Pois, com o *sentimento (constitucional)*, mais uma vez com Lucas Verdú, agora com apoio em Agnes Heller,

Significa estar implicado en algo. Tal implicación es parte estructural inherente de la acción y el pensamiento y no es mero ‘acompañamiento’. Pero puedo estar *implicado* en algo o implicado en *algo*. Es decir, el centro de mi conciencia puede ocuparlo la própria implicación o el objeto en que estoy implicado. Según lo que encuentre en el centro de mi conciencia el sentimiento (implicación) puede ser ‘figura’ o ‘trasfondo’.¹¹⁷

Portanto, vislumbra-se que, além de ser um cimento para contribuir na “(...) construção de uma esfera pública pluralista que, apesar de sua limitação, seja capaz de articular-se com sucesso em torno dos procedimentos democráticos previstos no texto constitucional”¹¹⁸, o sentimento constitucional também pode contribuir como um alento para o sofrimento político. Pode funcionar, juntamente com o reconhecimento político, como uma espécie de cura para humilhação social.

¹¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: _____. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, p. 106. (grifos do original). Definitivamente, com Häberle, tem-se que o povo “(...) não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 37.

¹¹⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. **El Sentimiento Constitucional**: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política, p. 49-50.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, p. 189.

6 CONCLUSÃO

Com base na pesquisa desenvolvida e materializada ao longo do texto desta tese, logram-se alguns apontamentos conclusivos acerca do problema que norteou todos os capítulos sob diferentes enfoques: a questão da (sub)cidadania e a sua necessária discussão pela Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT). As conclusões extraídas são, portanto, as seguintes:

1. A partir de uma condição hermenêutica, o problema da tese gravitou em torno da *presença* do *Dasein* – pela percepção do *Ser* inserido em determinada *tradição* – do povo dentro da Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), ou seja, o povo desde uma compreensão pluralista do seu *Ser* capaz de englobar (poucos) cidadãos plenamente inseridos no contexto moderno, bem como de englobar (muitos) subcidadãos desterrados de todas ou quase todas as promessas da modernidade. Dito de outra forma, o *Ser* do povo desvelado como identidades plurais simbolicamente abertas às transformações propostas pelo texto constitucional em seu compromisso dirigente. Nesse sentido, o objetivo principal desta tese foi justamente ofertar contributos para a sedimentação de um engenhoso projeto – que ainda se encontra em fase de implementação – de concretização do discurso da Constituição Dirigente e Democrática em vigor desde 1988.

2. Sob essa ótica, considerando-se as substanciais abordagens de Bercovici na recuperação da Teoria do Estado, como condição de possibilidade para a Teoria da Constituição, e de Streck, na afirmação da fundamental necessidade de comprometimento na atuação concretizadora dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, a delimitação do objeto da tese, como contribuição para esses dois monumentais pilares, apresentou-se na questão do (re)posicionamento do povo, mais especialmente, nas condições gerais da cidadania no projeto dirigente da Constituição.

3. Daí então, adveio a legitimidade de toda a discussão transdisciplinar envolvendo, principalmente, a filosofia política, a sociologia e o direito. Em outras palavras, é possível afirmar que as conclusões expostas até aqui e as que se desenvolvem subsequencialmente, basearam-se numa proposta de deslocamento da discussão que envolve alguns assuntos fundamentais na Teoria da Constituição (como cidadania, soberania, direitos humanos, atuação estatal, dentre outros) para além do *sensu comum do direito (jurista)* – termo que “designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas

diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”¹, consubstanciando, assim, “um ‘capital simbólico’, isto é, uma riqueza auto-reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação e graus acadêmicos.”²

4. E nessa perspectiva buscou-se discutir a principal ferida constante da realidade social de um país periférico como o Brasil: a questão da naturalização da desigualdade que desemboca numa visão da subcidadania como um fenômeno de massa. Essa temática tão abordada por diversos ramos das ciências sociais ainda não foi devidamente enfrentada pelo Direito Constitucional, talvez, justamente pela falta de empenho na construção de uma Teoria Adequada que, como dito anteriormente, ainda é incipiente no Brasil.

5. Por meio do Direito, a capacidade transformadora sugerida pela Constituição ainda está longe de atingir a sua plenitude no que diz respeito a cura da ferida social pela transformação (do *status quo*) da realidade periférica brasileira, haja visto que os juristas ainda seguem atrelados ao formalismo normativista, operando, por conseqüência, o recalque das potencialidades transformadoras do direito e a efetivação de uma hermenêutica emancipatória, assegurando, por conseguinte, o distanciamento do saber jurídico da realidade social. Nesse diapasão, os operadores jurídicos acabam se transformando em reprodutores de fórmulas antigas e mantenedores de um sistema social que avilta as condições de vida da grande massa oprimida e o direito passa a ser a ferramenta deste mecanismo.

6. Quando se fala em *hermenêutica emancipatória*, é importante registrar que - não obstante o direcionamento primário da tese ter sido no campo da cidadania e suas relações, num pano de fundo filosófico-político-sociológico-jurídico, com temas como o reconhecimento ético, o Estado, o sofrimento político, o sentimento constitucional - no âmbito da teoria do direito, mais especificamente no âmbito da aplicabilidade jurídica, a hermenêutica filosófica aparece como foco de resistência e afirmação de um “novo direito”. *Um novo no direito*, ou melhor *uma nova forma de se compreender/aplicar o direito* advém como um novo “produto” de teorias críticas³ que, por sua vez, objetivam a revisão de

¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. v. 1, p. 13,

² FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. p. 91.

³ Dentre as diversas obras que refletem algumas teorias críticas em diversas áreas do direito, elaboradas por autores brasileiros e estrangeiros, pode-se mencionar: COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1991; CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1995; MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1989; WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: SAFE, 1994, v 1; Id. **Introdução geral ao Direito**. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: SAFE, 2002, v 2; Id. **Introdução geral ao Direito**. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: SAFE, 1997, v 3; Id. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo da. (org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994; WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento**

conceitos tradicionais que “cegam os que vêem” e cristalizam as práticas dos operadores jurídicos.

Em face disso, o *como hermenêutico*, num desconstrutivismo/reconstrutivista, vem tentar redimensionar a dogmática jurídica para a afirmação das promessas incumpridas da modernidade no Brasil que, no âmbito da cidadania, passa, necessariamente, por um canal democrático de afirmação de direitos fundamentais sociais.

Nesse diapasão, Streck propõe uma Nova Crítica do Direito (NCD) para tentar mostrar (*fazer ver*) que há uma crise no modo de (ser) fazer (d)o Direito no Brasil e que, neste complexo cenário de crise – que envolve o Estado, o ensino jurídico, os aplicadores do Direito e a própria sociedade num mundo globalizado – a atuação do operador do direito e a intervenção do Judiciário na política em prol da sociedade são fundamentais. Nesse contexto, o Judiciário, em especial a jurisdição constitucional, como órgão guardião da Constituição deve ser *ativo* (Dworkin), levando-se em conta o devido *cuidado* com a *tradição* e nunca se olvidando de contextualizar suas decisões em seu devido lugar (Estado e sociedades periféricas). É justamente com base nesses e em mais alguns argumentos que se buscou mostrar, no capítulo II, que o ativismo judicial não pode ser, *a priori*, bom ou ruim e, por conseguinte, que o ativismo não se confunde com a judicialização da política que é fenômeno “natural” do/no Estado (Social) Democrático de Direito.

7. Não que, com isso, se tenha a ilusão de que o recurso ao discurso defensivo dos direitos humanos fundamentais para a materialização da cidadania possa por si só ser a *panacéia da pós-modernidade*. Todavia, o efeito simbólico dos direitos humanos, capaz de relacionar um (inegável) sentido ideológico com um (indissociável) viés reivindicador podem contribuir para a produção de novos sentidos nas mais variadas dimensões de superação do sofrimento político, pois, repetindo-se aqui as palavras, já expostas anteriormente, de Lefort:

crítico. São Paulo: Saraiva, 1995; HAYMAN, Robert; LEVIT Nancy. **Jurisprudence:** contemporary readings, problems, and narratives. St. Paul: West Publishing Co., 1994; CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito.** Traduzido por Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998; CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginário jurídico. In: _____. **Direito e neoliberalismo:** elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996; FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional.** Porto Alegre: SAFE, 1999; ROCHA, Leonel Severo da. Da teoria do Direito à teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo da. **Teoria do Direito e do Estado.** Porto Alegre: SAFE, 1994; SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum:** a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000; FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Traduzido por Vânia R. Pedrosa e Amir L. da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento.

Com efeito, esses *canais simbólicos para a produção de novos sentidos* tornam-se inócuos ou sequer subsistem caso não encontrem um *ambiente democrático* que possibilite sua constante renovação. Tendo em vista que ninguém sabe *a priori* qual é o conteúdo (*mínimo existencial*) dos direitos humanos, especialmente os sociais, que devam ser respeitados e compartilhados, a democracia se faz necessária, pois, longe de fomentar um autoritarismo, a consciência plena do caráter problemático dos direitos humanos leva a renunciar a um conhecimento total e definitivo deles. Daí a necessidade de (re)colocação do povo, em toda a sua heterogeneidade, no centro da fundamentação teórica e prática da TCDAPMT.

A partir do Estado Democrático de Direito sugerido pelo texto constitucional, a cidadania no Brasil deve ser reestruturada, principalmente à luz dos ideais transformadores desse modelo de Estado, que sugerem, principalmente, a melhoria das condições sociais no Brasil. Para tanto, a Carta assume uma postura compromissária dirigente, com metas bem definidas, principalmente a favor daqueles que sempre se viram alijados de qualquer possibilidade de participação materialmente democrática no Estado e na sociedade.

8. Mas para que tudo isso aconteça, é necessário que a máquina estatal efetivamente direcione os seus mais eficazes mecanismo de atuação para o âmbito social e deixe de privilegiar o *dirigismo financeiro voltado para os interesses do mercado e da economia privada*⁴ em detrimento de um necessário dirigismo social. É necessário que se combata este sincretismo teórico e político contrário à Constituição Dirigente, ou seja, é preciso que se resista às teorias e práticas que, por um lado atacam “(...) os dispositivos constitucionais relativos às políticas públicas e direitos sociais”, sob o pretexto que esses “‘engessam’ a política retirando a liberdade de atuação do legislador”, e, por outro, defendem as “(...) políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas

⁴ Dessa forma, na chamada *crise do financiamento do setor público*, “(...) o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida. Assim, nesta etapa, o direito financeiro na organização do espaço político-econômico da acumulação, passa a servir a uma nova função do Estado – a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados, a partir da alocação de garantias estatais ao processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro.” BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* p. 69. Portanto, a “(...) implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado.” *Ibid.*, p. 71.

sociais.”⁵ E os *combatentes desse bom combate* só podem ser o Estado jurisdição (*ativismo*) *acompanhado* da sociedade civil em suas diferentes formas de (auto)organização democrática, com ou contra governo(s), em prol da *proibição de retrocesso social*.

9. É possível afirmar que a inclusão social e o reconhecimento intersubjetivo - desde a perspectiva hegeliana (de sua fase mais jovem - Jena), como acentuado nesta tese, constante expressamente nas normas que prevêm o princípio da igualdade (art. 5º, CF/88), a pretensão de erradicação da pobreza, a diminuição das diferenças regionais (art. 3º, CF/88), a garantia dos direitos fundamentais (preâmbulo da CF/88) – além de legitimar o discurso do texto constitucional reforçam a necessidade da presença do Estado atuante como ente capaz de materializar/resgatar as promessas da modernidade olvidadas no transcurso do século XX no Brasil.

Todavia, a proposta de um resgate ético do direito capitaneada pelo direito constitucional ainda está a dever à maioria do povo brasileiro, pois há dificuldades para a materialização da democracia num modelo de sociedade em que boa parte dos “cidadãos” não são *reconhecidos* como integrantes do *jogo democrático*. Como consequência disso, percebe-se que falta no Brasil um *sentimento constitucional* que, inevitavelmente, acaba por comprometer a efetivação da própria Constituição dirigente, na medida em que este texto depende diretamente de uma *cidadania ativista*, capaz de, ao lado da própria Jurisdição constitucional, implementar as promessas descumpridas da modernidade.

Por tudo isso, reforça-se que o problema eficaz do texto constitucional brasileiro, no que tange ao alcance dos objetivos previstos no artigo 3º e à efetivação dos direitos fundamentais sociais, passa, fundamentalmente, pela necessidade de uma *ética do reconhecimento* como uma dimensão “pré” e “ultrajurídica”. O dirigismo assumido pelo discurso transformador da realidade da Constituição de 1988, além da postura garantidora-efetivadora da Jurisdição Constitucional, depende fundamentalmente do fomento de um *sentimento constitucional* dos cidadãos – e não de subcidadãos – brasileiros.

10. O povo que fundamenta o poder do Estado e que é o destinatário do texto constitucional brasileiro (art. 1º, par. único, CF/88) é o *povo real* de que fala Müller⁶, composto por um corpo completamente heterogêneo no qual se destacam, numa sociedade periférica, cidadãos estabelecidos, capazes de exercerem plenamente seus direitos e

⁵ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 49, p. 72, 2006.

⁶ MÜLLER Friedrich. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia, p 105.

(sub)cidadãos, que compõem uma massa de indivíduos acometidos de sofrimento político por estarem em condições sociais de verdadeiros *outsiders* ou mesmo de “subgente”.

O que se pode afirmar a partir da *práxis* que alimenta o *ethos* do discurso constitucionalizante includente, é que não existe “o” sujeito titular dos direitos fundamentais individuais e sociais e principal destinatário dos objetivos (promessas) do texto constitucional brasileiro. Até porque o povo – que deve finalmente atuar no (perante o) Estado (Müller) - não é um todo homogêneo, mas um diversificado contingente de extremos marcados por (muitos) subintegrados e (poucos) sobreintegrados. O sujeito constitucional brasileiro, que se “beneficiará” das transformações sugeridas pelo artigo 3º da Constituição de 1988, em sua maioria está longe de ser um sujeito (abstrato) universalizado das promessas burguesas do século XVIII e, talvez, esteja muito mais próximo daquele “rapaz latino-americano, sem dinheiro no banco, sem parentes importantes e vindo do interior...”⁷

O homem, assinalava Marx, “é o mundo dos homens, o Estado, a sociedade”. Mas ele também é um ser histórico, que vive uma determinada época (historicidade) e assimila as idéias que predominam durante o período de sua vida (faticidade), bem como as que o antecedem (tradição), pois, ao nascer, ele se torna herdeiro de todo o patrimônio cultural da humanidade.⁸ Em vista disso, em suma, o que se pretende ao resgatar a discussão ética no direito e ao se inserir o povo na base da Teoria Constitucional é justamente tentar contribuir de alguma forma - ainda que apenas denunciadora – para que o patrimônio herdado de muitos (sub)cidadãos brasileiros não seja apenas a *humilhação social*, a *invisibilidade*, enfim, o *sofrimento político*.

Como afirmara Häberle, citado alhures, a Constituição reflete a imagem de um povo. No caso do Brasil, o projeto constitucional dirigente buscou refletir, no plano do *ser*, a angústia gerada pela supressão da democracia em aproximadamente duas décadas de um opressor regime político ditado por militares, assim como a agonia de uma enorme parcela de um povo (subcidadãos) que vive historicamente no limbo dos projetos da modernidade. Por tudo isso, a projeção que esse espelho social lança, no plano do *dever ser*, é justamente a imagem do resgate em relação ao pouco do que foi implementado e a concretização do muito que se esvaiu em promessas descumpridas na modernidade periférica (tardia) brasileira.

Nessa metáfora, lança-se o enigma da Constituição como um “espelho”:

⁷ Trecho da música **Apenas um Rapaz Latino-Americano** do compositor e cantor Belchior.

⁸ Cf. MARX, Karl. **A Questão Judaica**. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

(...)cheio de gente.

Os invisíveis nos vêem.

Os esquecidos se lembram de nós.

Quando nos vemos, os vemos.

Quando nos vamos, se vão?⁹

Ou será que continuam ali a espera de que se *constituam-a-ação*?

⁹ GALEANO, Eduardo. **Espelhos**: Uma história quase universal. Traduzido por Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 1.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder:** o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AITH, Marcos. Henry e Ben no escuro. **Veja**, São Paulo, ano 41, n. 39, 1 out. 2008. Disponível em: < http://veja.abril.com.br/011008/p_066.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. Prefácio. In: LUCAS VERDÚ, Pablo. **Sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. xv-xvi.
- ANDRADE, Carlos Drummond de; ANDRADE, Mário de. **Carlos e Mário:** correspondência entre Carlos Drummond de Andrade e Mário de Andrade. Rio de Janeiro: Bem-Te-Vi, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.
- ARAÚJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor:** para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. **O que é política?** 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- _____. **As origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque. **Anuário direito e globalização:** a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 33-37.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e política. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 56, p. 1-25, 1980.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**, São Leopoldo, p. 459-483, 2003.

_____. Reflexões sobre direitos sociais. Separata de: **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, 35, p. 1-24, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Ed Unisinos, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BELCHIOR. Apenas um rapaz latino-americano. In: _____. **Sem limite**. São Paulo: Universal Music, 2001. 2 CD. CD 1, faixa 1.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, p. 149-162, 2008.

_____. **A Constituição dirigente de 1988**. Portal UNESP. Debate acadêmico, 24 set. 2008. Disponível em: <http://www.unesp.br/aci/debate/constituicao_bercovici.php>. Acesso em: 1 nov. 2008.

_____. Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 167-175.

_____. A Constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 131-132.

_____. **Constituição e estado de exceção permanente:** atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. Constituição econômica e Constituição dirigente. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faiga Silveira (Coords.). **Constituição e democracia:** estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 219-251.

_____. **Desigualdades regionais, estado e constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, p. 101-120, 2004.

_____. **Soberania e constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos constitucionais:** Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 266-277.

_____; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 49, p. 1-23, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O estado social e sua evolução à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria do Estado.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____.; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 9.ed. Brasília: OAB Ed., 2008.

BOURDIEU, Pierre. **Distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

_____. **O poder simbólico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 30-51.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, dez 2002, p. 25-40.

_____. Revisar o romper con la Constitución dirigente?: defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 43, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____ (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-14.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do dreito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. Perdidos na crise. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1 fev. 2009. Espaço Aberto, p. A2.

_____.; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO, Salo de. Canotilho e a Constituição dirigente. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69-74.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANZIAN, F. Bird vê “armadilha da desigualdade” no país. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 set. 2005. Dinheiro. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2109200502.htm>. Acesso em: 2 nov. 2008.

_____. Crise avança com desemprego e já custa US\$ 1,9 tri. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 fev. 2009. Dinheiro, p. B4.

CHAUÍ, Marilena. Apresentação. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática.** São Paulo: Brasiliense, 1983.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). **Democracia e três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJB, 2002. p. 17-42.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica.** Porto Alegre: SAFE, 1995.

_____. El neoliberalismo en el imaginário jurídico. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar.** Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 1-15.

CONSTANT, Benjamín. **Curso de política constitucional.** Granada: Comares, 2006.

COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social.** São Paulo: Globo, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRICHTON, Kile. Do profeta de Lênin: ‘eu avisei’: teoria dos ciclos de depressão capitalista, do economista russo Kondratieff, volta a discussão. **O Globo**, Rio de Janeiro,. 22 fev. 2009. Economia (Internacional), p. B7.

DELEUZE, Gilles. **A lógica do sentido.** 4. ed.. São Paulo: Perspectiva, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el “fundamento místico de la autoridad”. Disponível: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_07.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

O DESEMPREGO na antessala. In: **Carta Capital**. São Paulo, ano XV, nº 529, 21 jan. 2009, A Semana, p. 17.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29-80.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

_____; SCOTSON, John L.. **Os estabelecidos e os outsiders**. Rio de Janeiro: J Zahar, 2000.

EMPRESÁRIO que movimentar mais de R\$ 1,6 mil por mês terá conta bisbilhotada. **IstoÉ**, São Paulo, ano 31, n. 1995, p. 23, 30 jan. 2008. A Semana.

ENCONTRO com Milton Santos: ou o mundo global visto do lado de cá. Rio de Janeiro: Caliban, 2006. 1 DVD (100 min).

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

_____. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-13.

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

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997. p. 89-109.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed UNB, 2001. p. 245-282.

_____. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 113-140.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica**. 6. ed. Salamanca: Sígueme, 1996. 2 v. v. 1.

_____. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GONÇALVES FILHO, José Moura. Prefácio: a invisibilidade pública. In: COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social**. São Paulo: Globo, 2004. p. 9-47.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do prefácio à 2ª edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. ?-?

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUSMÃO, Lísia. Garibaldi cobra dos senadores cumprimento da súmula sobre nepotismo. **Folha Online**, 10 set. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u443388.shtml>>. Acesso em: 5 out. 2008.

GURMÉNDEZ, Carlos. Sentimiento. In: ORTIZ-OSÉS, Andrés; PATXI, Lanceros (Orgs). **Diccionario interdisciplinar de hermenéutica**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.

HÄBERLE, Peter. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. **Derechos y Libertades**: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, n. 14, p. 89-102, enero 2006.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005. p. 89-152.

_____. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: SAFE, 1997.

_____. **La imagen del ser humano dentro del estado constitucional**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2001.

_____. **Teoría de la constitución como ciência de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HAYMAN, Robert; LEVIT, Nancy. **Jurisprudence**: contemporary readings, problems, and narratives. St. Paul, MN: West, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. 5. ed. Lisboa: Guimarães Ed., 1998.

_____. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1998.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Granada: Colmares, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. Reconhecimento ou redistribuição?: a mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 79-93.

_____; FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition?**: a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003.

IANNI, Octávio. **Pensamento social no Brasil**. Bauru: EDUSC, 2004.

_____. **Teorias da globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

_____. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Kátia. Desconstrução. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006.

KRANISH, Michael. Ex-presidente é lembrado em discurso. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. A12, 25 jan. 2009.

LANDA, César. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **La imagen del ser humano dentro del estado constitucional**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2001.p. 12

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: _____. **Pensando o Político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 37-62.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 329-338, 2004.

_____. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: MEZZARROBA, Orides et al (Orgs.). **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1996.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Conciencia y sentimiento constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política). **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, Murcia, n. 9, p. 53-70, 1997.

_____. **Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Reus, 1985.

_____. **Manual de Derecho Político: introducción y teoría del Estado**. Madrid: Tecnos, 1994. v. 1.

LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Mexico: Herder, 2005.

_____. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dédalo, 2002.

MARX, Karl. **A questão judaica**. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UNB, 2000.

MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización. In: Imágenes desconocidas, Buenos Aires, Clacso. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Patrícia Campos. Novo protecionismo dribla regras. Países adotam práticas protecionistas disfarçadas que não ferem os tratados internacionais de comércio. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 5 fev. 2009. Economia, p. B4.

_____. Obama se espelha em Roosevelt e busca virada nos primeiros cem dias. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 25 jan. 2009, p. A12.

MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/Redistribuição: Por uma nova Teoria da Justiça. In: MAIA, Antonio Cavalcanti, *et al* (Orgs.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Reconhecimento: luta ou política? Notas sobre a busca por reconhecimento de minorias no Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 990, 18 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8124>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, tomo II.

MONEREO PÉREZ, José Luis. Estudio Preliminar: La Teoría Político-Jurídica de Hermann Heller. In HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Traducción de José Luis M. Pérez. Granada (Espanha): Colmares, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: livraria do Advogado; São Leopoldo (RS): Ed UNISINOS, n. 2, 2006.

_____. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002.

_____. Filosofia “Política” no Direito. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 5, 2007.

_____.; AGRA, Walber de Moura. Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

_____; *et al.* A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado**, São Leopoldo: Unisinos, 2002.

MORAES, Renata. O Retorno dos Velhos Fantasmas. In: **Veja**. São Paulo, ano 41, nº 52, 31 de dez. 2008.

MÜLLER, Friedrich. _____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: RT, 2004.

_____. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Traduzido por Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo; *et al* (coord.). **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEIBURG, Frederico. A Sociologia das relações de poder de Norbert Elias. In: ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L.. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: EdUNISINOS, 2006, p. 80-84.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder**, *RTDP*, n. 12, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas e Luhmann**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

OSÈS-ORTIZ, Andrés. Identidad simbólica. In: ORTIZ-OSÉS, Andrés; PATXI, Lanceros (orgs). **Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACHECO, Paulo. KRANISH, Michael. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 25 jan. 2009, p. B6.

PAIVA, Ângela R.. In: MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

THE PEOPLE puzzle. **The Economist**, p. 21, Jan. 3rd, 2009.

PERETTI, Cristina. Deconstrucción. In: ORTIZ-OSÉS, Andrés; PATXI, Lanceros (orgs). **Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Márcia. O Novo Socialismo: O Tesouro dos Estados Unidos entra em cena para salvar Wall Street. In: **Carta Capital**. São Paulo, ano XV, nº 514, 24 set. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988”, p. 79-100. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004

PISARELLO, Gerardo; CABO, Antonio de. Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, Juices, Ciudadanos. In: MORODO, Raúl; VEJA, Pedro de. **Estúdios de Teoría Del Estado y Derecho Consitucional em Honor de Pablo Lucas Verdú**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2001, Tomo III.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilida de dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

REGONINI, Gloria. Estado do Bem-estar. In: BOBBIO, Norbeerto; *et al.* **Dicionário de Política**. Traduzido por Carmen C. Varrialle, *et al.* 5. Ed. Brasília: Ed UNB, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do Direito à teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. p. 118. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001.

_____. Forma de Sociedade, cultura política e democracia. In **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2003.

_____.; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTH, André-Noël. “Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, p. 15-27. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. A Teoria Crítica de Axel Honneth. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria Crítica no Século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

SALDANHA, Nelson. Ethos Político, Direito e Cidadania. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALES, Teresa. Desigualdade Social e Pobreza no Brasil. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 39, maio 1994.

SALOMON, M.. Queda da desigualdade de renda perde fôlego. **Folha de São Paulo**, 5 de nov. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. Porto: Afrontamento, 2006.

_____. A hora dos movimentos sociais. In: **Forum: outro mundo em debate**. São Paulo: Publisher, ano 8, nº 70, jan. 2009.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica**. 2007. ix, 416 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, 2008.

_____. Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: algumas notas sobre o desafio as sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, vol. LXXXII, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAYAD, João. Diretrizes gerais de política econômica, publicação da Folha de São Paulo, 18 de maio de 1985, sob o título: Seplan divulga o 4º Plano Nacional de Desenvolvimento. In: IANNI, Octávio. **Pensamento Social no Brasil**. Bauru (SP): EDUSC, 2004.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Terceira Parte.

_____. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 2006.

SHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Josué Pereira da. Cidadania e Reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2000.

SILVA, Juremir Machado da. In: LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Traduzido por Armando B. Ara. Barueri (SP): Manole, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. A Repersonalização do Direito Civil em uma Sociedade de Indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa**

de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: livraria do Advogado; São Leopoldo (RS): Ed UNISINOS, n. 4, 2008.

SIQUEIRA, André. Debate Público: Pensadores heterodoxos reunidos no Paraná lançam propostas para a superação da crise econômica mundial. In: **Carta Capital**. São Paulo, ano XV, nº 526, 17 dez. 2008.

SKAF, Paulo. O Brasil e a indústria na luta contra a recessão. In: **Folha de São Paulo**. São Paulo, 8 fev. 2009, Opinião.

SOUZA, Jessé. **A Construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

_____. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2000.

_____. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Ed. UNB, 2000.

_____. A visibilidade da raça e a invisibilidade da classe: contra as evidências do conhecimento imediato. In: **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2006.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. In: AVELÃS NUNES, António; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.) **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Constitucionalismo e Concretização de Direitos no Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora. Coleção STVDIA JVRIDICA, nº 89, 2006.

_____. A Constituição (Ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

_____. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e

norma. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: EdUNISINOS, 2006.

_____. Desconstruindo os Modelos de Juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: Ed UNISINOS, 2008.

_____. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____.; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997.

_____. A Importância de Herder. In: _____. **Argumentos Filosóficos**. Traduzido por Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. **Modern social imaginaries**. Durham: Duke University Press, 2004.

_____. O que é agência humana? Traduzido por Roberto Torres e Fabrício Maciel. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. A política de reconhecimento. In: _____. **Multiculturalismo**. Lisboa: Piaget, 2005.

_____. A política do reconhecimento. In: _____. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. The Politics of recognition. In: _____. **Philosophical arguments**. Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

_____. Seguir uma Regra. In: **Argumentos Filosóficos**. Traduzido por Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. Two Theories of Modernity. **International Scope Review**, vol.3, issue 5, 2001.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory. In: TEUBNER, Gunther; *et al.* **Transnational Governance and Constitutionalism** Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

THIEBAUT, Carlos. Introducción: la filosofía de Charles Taylor. In: TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 313-339.

TOURAINÉ, Alan. Perdidos na estrada Belém-Davos. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1 fev. 2009. Aliás, p. J4.

TRIBE, L. H. **American constitutional law**. 2nd ed. Mineola, N.Y.: **Foundation Press**, 1988.

_____. Taking text and structure seriously: reflection on free-form method in constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 108, n. 6, 1995, p. 1221-1303..

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997-2003. 3 v.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: SAFE, 1994. 3 v. v. 1: Interpretação da lei, temas para uma reformulação.

_____. _____. Porto Alegre: SAFE, 2002. 3 v. v. 2: A epistemologia jurídica da modernidade.

_____. _____. Porto Alegre: SAFE, 1997. 3 v. v. 3: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna.

_____. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994. p. 81-96.

WEBER, Max. El Estado racional como asociación de domínio institucional com el monopolio del poder legítimo. In: _____. **Economia y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 1056-1060.

_____. **A gênese do capitalismo moderno**. São Paulo: Ática, 2006.

_____. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber: sociologia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Para um paradigma do constitucionalismo ocidental. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 62, p. 43-53, jan. 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)