

(RE)PENSANDO O ARRANJO DEMOCRÁTICO NA MODERNIDADE TARDIA

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra/Portugal). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG.

CINTIA GARABINI LAGES

Mestre e Doutora em Direito Processual (PUC/MG). Professora da Graduação e do Programa de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Professora da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

Resumo

O artigo preocupa-se em fornecer elementos para o equacionamento de duas angustiantes indagações: 1) É necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? 2) A ordem internacional global será democrática independentemente de vários Estados não sê-lo? Para o enfrentamento dessas questões, o artigo desvela a faceta cruel da crise democrática projetada entre o déficit social e a modernidade tardia no âmbito interno do Estado Democrático de Direito como vinculada aos fenômenos da fantochização da legitimação e da expansão ascendente do poder que amordaça o desenvolvimento de uma solidariedade participativa e, na sequência, projeta a crise democrática no âmbito da sociedade global heterárquica onde o Estado amarga a perda de centralidade de criação e aplicação normativas diante do aparecimento e/ou fortalecimento de outros polos nômicos, muitos deles nocivos como as redes internacionais para a prática de crimes, ou mesmo potencializados pelo poder econômico, que se apresentam em detrimento da autonomia do Direito e do projeto de homem - o *homo humanus* do Direito – vinculado ao princípio da dignidade.

Palavras-chave

Democracia; Crise; Modernidade tardia; Direitos humanos.

Abstract

The present article is concerned with providing elements to consider two agonizing questions: 1) Are democratic states necessary so that the international order is democratic?

2) Will the global international order be democratic regardless of the presence of several no democratic states? To face these questions, the article reveals the cruel facet of democratic crisis projected between the social shortfall and the late modernity in the domestic sphere of constitutional democracies, as linked to the staging phenomena of legitimacy and the upward expansion of the state power that limits the development of a participatory solidarity. According to the article, the emergence or strengthening of international networks for the commission of crimes potentiated by economic power, present themselves at the expense of the autonomy of law and human rights and reveals the democratic crisis in the international sphere.

Key words

Democracy; Crisis; Late modernity; Human rights.

1. Introdução

Neste artigo nossa preocupação está voltada por em evidência alguns elementos para equacionar duas questões: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Para tanto, insistindo na distinção entre Estados-núcleos e Estados-periféricos – sem descurar a tendência de periferização do centro – o estudo parte da exposição da faceta cruel da crise democrática que aponta para a o vínculo existente entre a assombrosa dívida social e a modernidade tardia experimentada pelos países que não lograram a consolidação do Estado de Bem Estar Social e que se veem forçados a desaguar na modernidade uniformizante e globalizada buscando caminhos para suprir um vazio de experiências sociais não implementadas.

Nessa altura, o artigo analisa a experiência periférica brasileira e questiona se a falsa liberdade do liberalismo econômico não se apresenta com aliada do neocapitalismo voltado para mascarar o real interesse das elites dominantes de implementar as propostas emancipatórias previstas na constituição brasileira.

Na sequência, o artigo enfrenta a crise democrática internamente, ou seja, no ambiente do Estado Democrático de Direito, e coloca em discussão duas angustiantes questões: 1) a fantochização da legitimação e 2) a subsidiariedade participativa nos trilhos da expansão ascendente do poder que têm posto azeite na fogueira da crise democrática, para, depois, analisar a projeção externa da crise democrática onde assume relevo o problema (ainda) da falta de unidade e autonomia do direito e sua relação com os sistemas econômicos e político na produção e aplicação de um direito democrático, colocando um novo olhar sobre a discussão agora sobre o prisma do inter-referência. Aqui, uma vez mais, os problemas do centro e da periferia desembocam numa sociedade internacional

heterárquica, ou seja, com vários polos nômicos – sem centralidade do direito – mas que, ainda assim, se apresenta e é chamado a mediatizar interesses quando, então, propomos que essa mediatização seja em benefício da *inclusão*, em benefício de um projeto civilizacional que privilegie o homem, o *homo humanus* do direito.

2. Entre a Modernidade Tardia e a Dívida Social: A Faceta Cruel da Crise Democrática

A atuação do Estado voltada para imprimir condições visando a implementar a igualdade a fim de garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando – sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar – a atenção do binômio *liberdade x autoridade* para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exige-se “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos, não como caridade, mas como direito político” conforme pontua Wilensky segundo Glória Regonini¹. Por isso o Estado social também é cognominado de Estado de Bem-Estar ou *Welfare State* como é chamado na experiência britânica quando a partir da segunda guerra mundial, a Inglaterra começou a tomar medidas nas áreas de saúde e educação garantindo serviços idênticos a todos os cidadãos independentemente de renda.²

As pesquisas revelam³ que já mesmo no século XVIII, alguns Estados europeus estabeleceram medidas assistenciais como a Áustria, Rússia, Espanha e Prússia. O certo, todavia, é que as prestações decorriam da natureza de um Estado nitidamente patriarcalista, onde o monarca assumia a figura, podemos dizer, de um *Lord Protector* do povo. Significa dizer, portanto, que as medidas assistenciais não decorriam de uma atuação das camadas necessitadas, mas constituíam dádivas (*caritas*) e, portanto, eram desencorajadas pela ideologia do nascente capitalismo, que sob o influxo do liberalismo econômico e, pois, da livre concorrência, propagava um desvio do princípio “a cada um segundo os seus merecimentos”.

Mas o reconhecimento da necessidade de atuações prestacionais pelo Estado já se fazia eclodir no texto das Constituições mexicana de 1917 e na da Alemanha (Carta de Weimar) de 1919, quando se preocupavam em assegurar direitos sociais, encontrando-se

1 REGONINI, Glória. “Estado de Bem-estar”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. 1. Brasília: UNB, 2007, p.416.

2 Idem, *ibidem*.

3 Idem, *passim*.

marcadas por um forte intervencionismo na economia. Mas foi no pós-guerra que se experimentou uma maciça intervenção do Estado, a partir da experiência inglesa como já referimos e em decorrência da política norte-americana (*New Deal*⁴) implantada pelo governo de Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1937, ao objetivo declarado de recuperar a economia assistindo aos necessitados da Grande Depressão, bem como na destacada experiência dos países nórdicos, alvancada pelo pensamento do sueco Karl Gunnar Myrdal, que viria em 1974 a ganhar o Prêmio Nobel de economia.

A experiência do *État Providence* se erigiria obviamente adaptada à realidade histórico-econômico-cultural de cada Estado. Não poderiam vingar tentativas de aplicação dos modelos escandinavos, norte-americano ou anglo-saxão, sem que se impusessem as adaptações necessárias. De mais a mais, a realidade dos Estados periféricos apresentava um fator que não pode ser desconsiderado: o déficit educacional, herança do liberalismo que tornara o acesso à instrução um direito a poucos privilegiados da alta camada social. Se a industrialização é um dado comum a todas as experiências do Estado de Bem-Estar Social, dela afluindo a necessidade de prestações sociais temporárias ou permanentes, não se pode desconsiderar que a falta de instrução amesquinha o desenvolvimento dos direitos políticos servindo de óbice à propagação das ideias e, como consequência, dificultando a organização sócio-política retardando o aparecimento e/ou fortalecimento de sindicatos, associações de classe e a própria participação política com o direito de voto. De fato, a constatação – hoje aceita por todos – foi muito bem resumida por Regonini ao afirmar que “o direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.”⁵ Se esse dado pode ser de menor ou de nenhuma significação para o desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar nos países europeus que deflagraram a sua experiência, o mesmo não se pode dizer para os Estados da modernidade periférica, como o Brasil, onde a crise no Estado de Bem-Estar-Social encontra-se intimamente ligada a esse fator e que aliado a outros, sobretudo a corrupção, revela o quanto é acertada a posição de Streck⁶ no sentido de que a modernidade entre nós é tardia e se teria chegado ao Estado Democrático sem a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social.

No Brasil, o assistencialismo da era Vargas e sua projeção sobre a experiência posterior notadamente nas décadas de 70 e 80 revelaram um arremedo de Estado de Bem

4 As conhecidas medidas do “novo acordo” iam desde a indenização de agricultores e concessão de linhas de crédito para o pagamento de dívidas; fixação de limites de produção e tabelamento de preços dos produtos ao escopo de controlar a concorrência; legislação para controle da bolsa e do mercado; estabelecimento de salário mínimo; redução da jornada de trabalho para quarenta horas semanais; auxílio desemprego; auxílio doença; e assistência à velhice e à invalidez.

5 REGONINI, op. cit. p. 417.

6 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 21 -32.

-Estar-Social. As ações envolvendo políticas públicas serviam menos a um propósito de investimento e mais ao escopo assistencialista. As opções voltadas para reduzir a pobreza não implicavam em gerar novas riquezas, ou no mínimo melhor distribuí-las. Houve uma marcha no sentido de alcance dos direitos sociais, que restou, todavia, frustrada em face da imposição do discurso neoliberal. Os dados de 1991 revelavam que 30,7% das famílias possuíam renda inferior a dois salários mínimos. No Nordeste, essa proporção atingia 53%. 51,7% da renda era abarcada pelos 10% mais ricos da população ao passo que os 10% mais pobres restavam somente 0,7%. Cerca de 49,4% das pessoas ocupadas não contribuíam para nenhum programa de previdência social.⁷

O quadro revela o angustiante problema da concentração de renda que assola a sociedade brasileira, que não tem merecido o adequado tratamento em nível de ações concretizadoras sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais. Em decorrência dessa odiosa concentração, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) projeta-se em níveis assustadores quando o Brasil se vê colocado em posição inferior a 12 países da América Latina e Caribe, revelando a baixa qualidade de vida, os níveis insatisfatórios de alfabetização, educação, natalidade, perspectiva de vida, etc, não obstante tenha sido incluído entre os países de elevado índice de desenvolvimento humano quando no ano de 2007 atingiu o IDH igual a 0.800, o que, todavia, não possui o condão de subtrair a pecha que macula a imagem do País como um monumento de injustiça social, que estaria a merecer a previsão Hobsbawm no sentido de que o Brasil seria “o candidato à campeão mundial de desigualdade”⁸ Divisa-se, é bem verdade, uma pequena alteração nesse quadro quando recentes pesquisas do IBGE revelam que a renda dos 20% mais pobres cresceu 5% ao ano⁹, o que se tem tributado a programas como o Bolsa Família – de matiz nitidamente assistencial – mas não tem sido divisado incremento no aumento de renda das camadas assalariadas e a expansão do mercado ainda não se processa de modo a garantir nível desejável de emprego não obstante o crescimento paulatino da economia, freado, em bem verdade, pela injunções da crise internacional e pela corrupção sistêmica.

Nessa clivagem, a incessante luta por justiça distributiva, oportuniza a indagação de Streck e Bolzan: como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir, para (começar a) resgatar a imensa dívida social?¹⁰ O equacionamento desta questão passa pela crise do Estado de Bem-Estar Social, quando os problemas de caixa começaram a aparecer no final

7 Dados obtidos em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado-previd%C3%A2ncia> consulta realizada em 01.02.2015.

8 HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

9 Dados disponíveis em: http://p.wikipedia.org/wiki/C3%8Dnice_de_Desenvolvimento_Humano . Consulta realizada em 01.02.2015.

10 STRECK e BOLZAN, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, conferir o capítulo 5: pp. 73 – 85.

da década de sessenta, aprofundando-se nas seguintes, quando os recursos se apresentaram insuficientes para fazer face às crescentes demandas em decorrência dos contingenciamentos impostos de um lado, pela crise energética de base petroquímica que assolou a humanidade, de outro, pelo desvio de recursos públicos pelos canais da corrupção e em direção ao espaço privado.

Pode-se vislumbrar, com efeito, que “os estudiosos do *Welfare State* consideram o seu desenvolvimento como uma quebra da separação entre a sociedade (ou mercado, ou esfera privada) e o Estado (ou política, ou esfera pública), como constituída na sociedade liberal”¹¹. Enquanto o arranjo satisfazia e permitia a canalização de interesses entre as duas esferas, não se divisaram problemas. O equilíbrio da comunicação é rompido pela crise fiscal, que limitou a atuação do Estado exigindo o acudimento de contrapartidas atuariais o que se processa em detrimento da acumulação capitalista que passa, a partir daí, a enxergar deficiências no sistema de distribuição orgânica da solidariedade que agrupam os programas sociais, descortinando uma visão anticonjuntural da despesa pública.

Nessa contextura, Rigonini aponta as perspectivas da crise do Estado de Bem-Estar-Social, agrupando o pensamento de vários autores sob duas vertentes:

Para um grupo de autores (Offe, 1977, Habermas, 1975), o Estado assistencial traz como resultado a “estatalização da sociedade”. Trabalho, rendimento, *chances* de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do Estado. A vontade política não se forma já pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica através de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema. Partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados desse processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um “despotismo administrativo” que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos. As possibilidades de saída estão, portanto, confiadas à capacidade de resistência de alguns fragmentos da sociedade civil: círculos de vida privada, setores de economia concorrencial, grupos portadores de interesses não filtrados pelas instituições.¹²

Essa posição, conquanto se apoie em suportes verdadeiros (a filtragem dos interesses e das prestações por meio de instituições corporativas que induz a uma prática tão conhecida entre nós: o fisiologismo, e, ainda, a formação de blocos técnico-oligárquicos que de

11 REGONINI, op. cit. p. 418.

12 Idem, p. 418

forma despótica vão controlar essa filtragem sob a condução da atividade administrativa), aponta para uma circunstância que, ao menos na experiência dos países periféricos deixa a desejar, quando aposta no resultado de um processo dialógico no âmbito de um espaço público onde os agentes se apresentam tão desiguais, com ínfimas possibilidades de inclusão para as camadas mais pobres da população, cujos interesses realmente não logram passar pelo crivo do aparato técnico-burocrático. A análise dos conteúdos filtrados revela os interesses corporativos neoliberais, que põem mais em evidência na crivagem o sistema econômico que o sistema político.

A segunda vertente aponta que a crise do Estado de Bem-Estar-Social “pode ser entendida também como um processo de “socialização do Estado” (Rose, 1978, Huntington e Crozier, 1975)”. Segundo Regonini estes autores, põem particularmente em evidência este aspecto, e a partir daí ela prossegue afirmando que

o Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas. O peso assumido pela administração na mediação dos conflitos provoca a burocratização da vida política que, por sua vez, leva à “dissolução do consenso”. Baseando-nos nesta análise, torna-se claro que as possibilidades de saída da crise ficam entregues à capacidade de resistência das instituições, à sua autonomia em face das pressões de grupos sociais numa perpétua atitude reivindicativa (...) estes resultados, tão distantes a que se chega pelo estudo da crise do *Welfare state* com as categorias de “Estado” e “sociedade” demonstram pelo menos uma coisa: o desenvolvimento e consolidação do Estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto esta instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o Estado e suas funções.¹³

Temos resistência, de nossa parte, em levar o aumento das demandas à causa decisiva da crise atuarial do Estado de Bem-Estar-Social. A ela aglutina-se, como afirmamos, o problema da corrupção com o desvio dos recursos públicos. Por outro lado, se é verdade que a competição entre as instituições políticas pode frustrar a seletividade de interesses, a canalização desses interesses para satisfação das políticas neoliberais capitalistas tem conseguido, ela sim, deslegitimar, dessa maneira, o poder político.

¹³ Idem, p. 419.

Deveras, o espaço público cede terreno para uma falsa liberdade, que se erige sob o influxo de um atomismo que fragmenta a atuação individual sob os matizes de vários papéis que deságuam inevitavelmente naquele que é erigido à condição central do homem: o indivíduo consumidor, fazendo com que o indivíduo deixe-se “arrastar passivamente pelo mar da mobilidade social, pela persecução dos objetivos de consumo”¹⁴ Se aliarmos a isso o desinteresse pelos assuntos públicos¹⁵ – o que decorre, sem dúvida, da frustração com a maneira, os rumos e resultados do processo seletivo – não será difícil compreender a *apatia política*¹⁶ que tem assolado as democracias contemporâneas e vazada numa “indiferença em relação aos acontecimentos da vida pública”.¹⁷

Essa indiferença aos assuntos públicos tem servido aos propósitos do capitalismo neoliberal na exata medida em que ensaja a manipulação da vontade coletiva. Com efeito, lembra Gobardo que

Na democracia dos antigos, a liberdade individual era condicionada pela prevalência da cidade. Ao contrário, o indivíduo, como singular pessoa moral e racional, é fundamento ético da democracia liberal, pois, nas palavras de Bobbio, ele é o “melhor juiz de seu próprio interesse” (...) Como bem aponta Martin Carnoy¹⁸, a existência do Estado somente não é contestada quando considerado como fornecedor de meios à existência de liberdade, necessária à incrementação de um sistema de levada produtividade material, na qual a desigualdade é inevitável. O liberalismo pressupõe uma separação radical entre organização do Estado (imbricada à democracia política) e a organização da economia (ligada direta e exclusivamente ao desempenho social, entendido este como a soma dos desempenhos individuais). Nessa perspectiva, acredita-se na existência

14 BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 132.

15 Segundo Böckenförde “Las consecuencias de un déficit de la representación democrática pueden presentar en cada caso intensidades y formas diversas. Hoy en día se ponen de manifiesto especialmente en la creciente presentación de iniciativas ciudadanas (através da subsidiariedade participativa), y también en el distanciamiento respecto de los partidos políticos o de la política en general.” (BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p 154).

16 Böckenförde chama a atenção para que a expressão “tédio estatal” não designa o problema de forma adequada. Segundo ele, “No se trata de tedio respecto del Estado, sino respecto del sistema de dominio de los partidos, debido al constatado déficit de representación democrática material en la actuación de los partidos políticos” (Idem, ibidem). Acreditamos que a expressão etimológica *apatia política* tem um sentido mais amplo, na medida em que revela uma atitude de consentimento passivo à manipulação da vontade política.

17 ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. “As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

18 A referência pode ser localizada em CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papirus, 2003.

de um “senso de dever” individual que determina o social, ainda que involuntariamente e insuficientemente.¹⁹

Assim se erige a bandeira do *neoliberalismo* que hoje é erigida em defesa da globalização apregoando notadamente a liberação dos mercados, a desregulamentação, o minimalismo estatal, o controle da inflação, a primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução de déficit público, concentração de poder mercantil e financeiro (apenas?) nas grandes empresas e bancos transnacionais. A partir daí, pontua Lima, “o papel do Estado seria o de garantir e proteger o livre mercado, reduzindo-se e/ou suprimindo-se as tutelas estatais no âmbito social. Segundo os corifeus do neoliberalismo, no embate entre a democracia e a liberdade, vista a última sob o enfoque econômico, esta deveria prevalecer.”²⁰

A redução do déficit público tem implicado a repressão de demandas com a supressão de políticas públicas, porque não se admite – em defesa da falsa liberdade – que o Estado assuma posturas intervencionistas no mercado ou simplesmente no sistema financeiro onde a ordem é desregulamentar, reduzindo o mais possível a atuação do Estado. A tensão poderia, enfim, ser assim resumida: se o Estado tem sido um mau gerente, deixe que o indivíduo livremente (a esfera privada) saiba bem se mover para suprir aquilo em que o Estado falhou, basta que proceda aos ajustes fiscais necessários, significa dizer: reduza a carga tributária e corte seus gastos! A ideia foi muito bem colocada por Canotilho²¹ quando afirma que “a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentais e ao drástico emagrecimento do aparelho organizativo do Estado [necessários, sob o prisma do ideário do *terceiro capitalismo*²²] ao equilíbrio do défice orçamental indispensável à criação de um clima atractivo para investimentos [que] não é compatível com a administração pública herdada do “Estado máximo”. Em nome desse clima favorável para investimentos, “as políticas públicas optam por encaminhar os dinheiros públicos para grandes investimentos infra-estruturantes (aeroportos, vias férreas, auto-estradas) em vez de os desonerar para os serviços garantidores da efectivação de direitos sociais”, anota ainda Canotilho que

19 GOBARDO, Emerson. “O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. op. cit, pp. 18/19.

20 LIMA, Abili Lázaro Castro de. “Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais.”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 154.

21 CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. In: www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 05/11/2015, p. 7.

22 “Em substituição do Estado Social constitucionalmente conformado propõe-se – umas vezes de forma sub-reptícia, outras vezes em termos abertamente frontais – que o terceiro capitalismo com a sua sociedade aberta conduz necessariamente a um corolário lógico: a empresa privada, a actuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de acção social universal.” (CANOTILHO, op. cit, p. 5)

questiona, nessa contextura, ou seja, diante da “*governance* do terceiro capitalismo, qual o lugar do princípio da sociabilidade social, que postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais.”²³

Enquanto o Estado amarga frente à escassez de recursos para fazer face aos investimentos sociais, bancos obtêm a cada ano lucros fabulosos e as grandes empresas multiplicam cada vez mais seu patrimônio, mercê de ardilosas “estratégias de fugas – seja via sonegação, seja via *administração* tributária – projetando, por consequência, uma menor arrecadação fiscal.”²⁴ Como se sabe – anota Canotilho – “a evasão fiscal anda de mãos dadas, muitas vezes, com a fraude e a lavagem de dinheiro. Além de impotente no combate às actividades ilícitas, o Estado Social vê os seus recursos em permanente retrocesso.”²⁵

E, para não ir mais além, ficando ainda no âmbito da experiência periférica brasileira, basta pensar que passados quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, a tributação sobre as grandes fortunas ainda é letra morta no Texto, nos impelindo a testificar o acerto das colocações ora deduzidas e indagar se há realmente interesse das elites dominantes de implementar as propostas emancipatórias previstas no núcleo essencial vazado no art. 3º da Carta... É preciso se (re)pensar o arranjo democrático.

3. **Projeção Interna da Crise Democrática: A Fantochização da Legitimação e a Subsidiariedade Participativa nos Trilhos da Expansão Ascendente do Poder**

Como sabemos, não é a existência de uma constituição onde se estabeleça a separação dos poderes, proclamem-se os direitos fundamentais e suas respectivas garantias, bem como, a existência de um significativo número de leis que caracterizarão o Estado Democrático de Direito. De nada adiantará toda esta legalidade se, montada sobre ela, persiste o arbítrio político. O primado do direito se torna inútil se as autoridades não agirem nos limites traçados pela norma, se extrapolarem estes limites e agirem elegendo os interesses próprios ou de grupos, em detrimento do interesse geral. No autêntico Estado de Direito, a lei, elemento disciplinador da liberdade, deve avultar-se como expressão da justiça e fazer vir à tona a vontade geral, minimizando-se, desde aí, o conflito entre a norma discutível em seu conteúdo, porém positiva, e um direito justo, mas não plasmado na forma de lei.²⁶ Emerge, desde aí, a necessidade de o princípio da representatividade assumir conotações

23 Idem, pp. 5 e 7, *passim*.

24 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41.

25 CANOTILHO, op. cit, p. 7.

26 Ver a respeito RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.

próprias que não são encontradas nas estruturas autocráticas. O ato delegatório, as eleições periódicas e o reforço dos mecanismos da democracia direta como as consultas populares ou o *referendum* podem conduzir a uma aparência democrática que na verdade pode revelar aquilo que Bolzan convencionou denominar *fantochização da democracia* onde os interesses da maioria podem resultar mascarados, esvaziando a representatividade que resultaria, em detrimento do Estado de Direito, quedada a um estereótipo formal

seja em face das dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdos dos temas postos em discussão, o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política com o jogo dialético de pretensões, seja, ainda, pelo volume quantitativo das questões postas à solução, o que implicou uma atividade *full time* que exclui o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político, ao mesmo tempo em que exclui o político do debate social dos temas.²⁷

O cenário do espaço público político se enfraquece, segundo ainda Bolzan, diante do “contexto do jogo econômico global de um capitalismo financeiro... (que) ao menos tendencialmente, (propicia) o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política”²⁸

Essa indiferença em relação aos assuntos da vida pública se projeta, sem dúvida, a partir da hipercomplexidade social, sobretudo em decorrência de uma de suas características: a tendência burocratizante e tecnocrata, que conduz a uma escolha cesarística do líder carismático, transformando uma opção de escolha em uma pacificação hipostática.²⁹

Na verdade, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado contemporâneo³⁰ se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo

27 BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 54.

28 Idem, p. 55.

29 A respeito conferir ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, no artigo aqui já citado.

30 O étimo, aqui, estará sendo utilizado no sentido empregado por Bolzan: “Estamos utilizando o termo contemporâneo com “c” minúsculo, pois estamos lidando com as questões que envolvem o Estado nos dias atuais, e não apenas na sua formulação como Estado Contemporâneo, caracterizado, como sugere Cezar Pasold, pelo desempenho de um caráter finalístico vinculado à idéia de *função social*.” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p.14).

isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil. Nesse espaço, lembra Bobbio que

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?³¹

Isso tem determinado, segundo o sempre lembrado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base e, portanto, diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.”³² De fato, a experiência tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados e que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc.”³³

Esse acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo – que engrossa a tendência burocratizante do Estado contemporâneo – justifica-se, talvez, em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa a sociedade hipercomplexa e hipercontingente, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils³⁴, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado Democrático de Direito.

31 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 46.

32 Idem, p. 47.

33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A revisão da doutrina democrática”. In: *Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura*. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980, p. 13.

34 SHILS, Edward. “Political Development in the New States”, *apud* DALLARI. Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980, p. 150.

A propósito, para Dallari “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”³⁵, que seja de tal sorte que as demandas políticas possam ser veiculadas sem serem sufocadas por uma decisão política (legislativa ou executiva) desidentificada com a vontade da maioria dos concernidos ou frustrada pela “resposta” técnica, indo, portanto, na contramão da lógica política democrática como poder ascendente.³⁶

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, conduzindo cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução do elemento finalístico, como função a ser cumprida. Para fazer face a essa tendência, preconiza Bobbio que

o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.”³⁷

É sob o influxo desse eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A ideia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a sua atuação, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço (lugares) para atuação de organizações não-governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sindicatos, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades, por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consultas, enfim, dos novos agentes sociais do chamado terceiro setor.

35 DALLARI, 1980, p. 164.

36 Cfe. BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 43.

37 BOBBIO, 2002, p. 67.

Obviamente, o florescimento do princípio da subsidiariedade pressupõe um espaço público alçado no pluralismo político, onde o Estado passa a densificar, coordenar e viabilizar os interesses dos variados segmentos. Isso significa que o Estado transforma-se em propulsor da liberdade-participação contrafática da antiga liberdade-autonomia do liberalismo. Essa perspectiva foi muito bem divisada por Baracho, que vê a necessidade de uma revisão na própria estrutura do Estado³⁸.

Nessa perspectiva, o respeito à diversidade e à tolerância propiciam a convivência necessária para o desenvolvimento de novas práticas de condensação da vontade coletiva exigindo um redirecionamento da dinâmica estatal que se vê alinhada sob novos conceitos de estrutura e função como faz ver o publicista mineiro:

As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmittiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária. A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*). As *alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.”³⁹

A *expansão do poder ascendente* sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se como um possível caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático. As novas relações sociais que emergem a partir daí “tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicaram um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente

38 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução”. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 103.

39 BARACHO, 1995, pp. 103 – 104.

públicas. Assim, sindicatos e as organizações empresariais passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluem no rol do poder soberano do Estado”⁴⁰

A emergência de novos pólos nômicos tem sido objeto da reflexão de Bolzan que tem incessantemente chamado a atenção para o deslocamento/ocupação do espaço decisório por outros *loci* de poder num contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado⁴¹. Sustentando a (re)articulação desses novos espaços no ambiente federativo, o mestre gaúcho vai mais além para cogitar de um arranjo (neo)federalista que poderia ser “expresso sob nova roupagem que incorporaria, para além dos entes federados clássicos, novas esferas de práticas jurídico-políticas: o local, o regional e o supranacional; o estatal e o não-estatal. Ambos, e sobretudo o primeiro, se apresentam como possibilidades para a reinstalação de práticas políticas, quicá de roupagem e conteúdo democrático”.⁴²

A perda do monopólio da criação e aplicação normativas com o aparecimento de novos espaços nômicos tem, como vimos, ensejado uma alteração de sentido na vetorização clássica da relação de dominação, guiada pelo *fenômeno da expansão ascendente do poder*. A ideia, também se encontra esboçada em Foucault quando assevera que

o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise *ascendente* do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.⁴³

Naquilo que aqui nos interessa, observemos ainda que para o renomado autor, a idéia de poder comporta uma dinâmica onde os indivíduos agem como pólos de transmissão imersos numa malha onde circulam para exercer e sofrer a ação do poder, que funciona e se exerce em *rede*.⁴⁴

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da *expansão ascendente do poder*, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do

40 BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 30.

41 BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 51, 55 e 80.

42 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática”. In: AVELÁS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 187 – 188.

43 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 184.

44 Idem, p. 193.

poder em *rede* que pode se erigir em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, pode impingir gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva poderá ter o condão de se não desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos marginais ou hegemônicos de poder. A propósito, Bolzan chama a atenção para os “dilemas” da ocupação dos espaços de autoridade por atores os mais diversos – os econômicos e os marginais, em especial – descomprometidos com quaisquer tipos de estratégias de inclusão social próprias ao regime democrático”.⁴⁵

4. **Projeção Externa da Crise Democrática: O Problema (Ainda) da Falta de Unidade e Autonomia do Direito. Centro, Periferia e Sociedade Heterárquica**

O pluralismo jurídico-político, que sob tal contextura se irrompe, imprime, sem dúvida, uma perda da significação do Estado em sua concepção clássica, bem como introduz sensíveis alterações na ordem internacional. Efetivamente, o enfrentamento da capacidade do Estado definir os conteúdos normativos e decidir sobre o modo de aplicação tem revelado um lado muito preocupante da crise democrática. Não há como negar a fragilidade a que se encontra exposto nos dias atuais aquele que foi o centro de irradiação de decisão política e jurídica e assumia um *locus* de exclusividade na definição dos conteúdos de tal maneira que não admitia, no plano interno poder sequer igual para compartilhar essa função e, no plano internacional postava-se apenas ante o reconhecimento de iguais poderes para garantir a convivência da ordem. A irradiação da soberania, nessa conformidade, encontra eco desde o pensamento medieval com a defesa procedida por Bodin que a concebia como poder supremo, absoluto, que não admitia nenhum outro maior que si (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*)⁴⁶, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais hodiernas. Com efeito, a ideia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada, ou seja, dentro do domínio do normativo na esteira da visão preconizada por Kelsen⁴⁷, entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização, que preconiza a projeção desta qualidade do poder do Estado entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo.

Atento a este aspecto Ferrajoli, de início, já chama a atenção para que a “soberania é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os

45 BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 189.

46 BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966, p 141.

47 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 191 e 371 – 374.

problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado”⁴⁸. Deveras, assim como o próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e opera mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa. A partir daí, divisamos uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada numa *rede* de inter-referências partindo do sistema jurídico para os sistemas político e econômico.

Essa visão, concebida a partir do processo de mundialização, requer atenção redobrada porque esse processo enseja também o aparecimento de pólos nocivos. Deveras, é preciso se ter presente que não apenas o capital, mas a ciência, a tecnologia, a cultura, romperam as fronteiras do Estado nacional, com a mesma amplitude que o crime organizado. Segundo Castells, “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana”⁴⁹. A existência de redes criminosas internacionais para disseminar violência, para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito é fato comprovado. Como igualmente é realidade, para fazer face a esse fenômeno, o vicejamento de redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não-governamentais⁵⁰.

Esse amálgama de inter-referências, como se vê, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção do indivíduo e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensinar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tende, segundo estamos convencidos, a propiciar a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio de uma adequada relação entre governo e jurisdição, que redunde para além da submissão do exercício da soberania aos limites normativos, alcançando a admissão, controle e gestão dos novos atores cuja atuação se voltem para imprimir uma maior legitimação do poder do Estado. Assim, desde que a norma resulte de um conserto novo por meio de revelar a vontade da maioria dos a ela concernidos, avultar-se-á, desde aí, soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível

48 FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

49 CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede*. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 40.

50 Bolzan lembra a atuação em setores variados como à guisa de exemplo: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional) e saúde (Médicos Sem Fronteiras). (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 29).

antinomia entre a soberania e sua limitação jurídica. Ferrajoli reproduz essa visão ao fazer ver que:

Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.⁵¹

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*) – que implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito – o que, obviamente, apenas se processaria, como ressalta Ferrajoli, parodiando Dworkin, se se “levar a sério’ o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégicas políticas para realizá-los”⁵², a discussão repousa em grande dificuldade e tem se assistido a retornos em nome dos interesses nacionais.

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta se não divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É esse contexto que revela o ambiente de mudanças onde o Estado nacional está atuando neste novo milênio. É esse o contexto da convivência democrática no plano externo. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas na qual o Estado aparece tomando

51 FERRAJOLI, 2002, p. 40.

52 FERRAJOLI, 2002, p. 46.

ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso: uma autêntica rede, que constituiria a constelação pós-nacional desvelada por Habermas com estas palavras:

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.”⁵³

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells⁵⁴. Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio em um mundo globalizado.

53 HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaio Político*. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 84.

54 CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 25.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des)ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck⁵⁵. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia⁵⁶. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte-sul, oriente-ocidente, ricos-pobres, centro-periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Grã-Bretanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança?

55 STRECK, 2004, p. 25.

56 Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Alemanha, o Japão e dentro em breve estaremos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados? Isso Huntington⁵⁷ já fazia ver que ocorria no início do processo globalizante e certamente não deixou de ocorrer.

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Previdência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas⁵⁸, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China e talvez no futuro e em sentido inverso, com uma possível estagnação, quando menos desaceleração, da economia norte-americana. Aliás, os acontecimentos recentes, que fizeram eclodir a crise financeira, constituem sérios indícios. O certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia que segundo Neves

é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).⁵⁹

A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo,

57 HUNTINGTON, 1996, p. 97.

58 A visão pragmático-sistêmica de Luhmann bem explica essa crise quando desvela a hipertrofia do código (*ter/não ter*) da economia sobre os códigos binários de atuação dos sistemas jurídico (*licito/ilícito*) e político (*poder/não-poder* ou *governo/oposição*). Consultar a respeito: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, sobretudo pp. 117 - 152).

59 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 227 – 228.

que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Nesse diapasão, a questão repousa em saber se o direito se torna garante da ordem internacional ou se, de outro modo, a ordem internacional globalizada se torna garantidora do Estado Democrático de Direito. Dito, ainda, de forma diferente: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Neves se ocupa da questão imprimindo a ela uma análise sistêmica para concluir indo além de aportes de Habermas e Teubner, que a democratização do sistema internacional estaria a depender da democratização dos Estados.

A proposta de Habermas encontra-se assim sintetizada por Neves:

Habermas procura na unidade de uma política mundial transnacional a saída para os limites da capacidade reguladora e da força integrativa ou legitimadora do Estado Democrático de Direito na sociedade mundial hodierna. A concepção habermasiana lembra a idéia kantiana da possibilidade de paz entre as “Repúblicas” mediante “um *federalismo* de Estados livres”⁶⁰, não recorrendo, porém, às instituições tradicionais da política internacional ou do direito internacional público. Diversamente, enfrenta a questão referente à busca de uma *política interna mundial* que estaria em condições de “explorar instituições e procedimentos” que seriam “necessários para a construção de interesses comuns ‘no sentido de uma cidadania mundial’ e para a produção de um ‘regime global de bem-estar’”⁶¹. Ao contrário da política internacional e do direito internacional público de feito clássico, “os *primeiros* destinatários de tal ‘projeto’ não são os governos, mas sim movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que ultrapassa as fronteiras nacionais.”⁶²

A proposta de Teubner⁶³, nas palavras de Neves⁶⁴, implica verificar que a “Teoria do Direito é desafiada [...] a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos

60 Conferir KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, 1995.

61 Conferir HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

62 NEVES, 2006, p. 269.

63 Conferir TEUBNER, Gunther. “A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, pp. 9 – 31, entre outros.

64 NEVES, 2006, p. 261.

subsistemas da sociedade mundial.” Por essa via, os procedimentos específicos do Estado de Direito (*rule of law* e *due process of law*) alcançariam as ordens globais heterárquicas que se instalaram a partir de diferenciação e programação de outros subsistemas que ao lado do direito integram a ordem global mundial como a economia e a política, notadamente. Assim, tais procedimentos deixariam de pertencer com exclusividade ao Estado de Direito e passariam, igualmente, a receber estímulos dos outros subsistemas no ambiente da sociedade global, que atuariam sem a centralização do Estado Nacional, de onde proviria o caráter heterárquico da ordem.

O ponto de partida para deflagrar qualquer investigação por esse caminho requer, necessariamente, que se considere, como fez Luhmann, que “no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones”⁶⁵. Essa ausência na sociedade internacional de um acoplamento entre os sistemas político e jurídico decorre, primeiro, da circunstância de que a ordem mundial globalizada tem como código hipertrófico o *ter/não-ter* da economia e, segundo, porque, como lembra com precisão Teubner⁶⁶:

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – também a ciência, a cultura, a técnica de saúde, a previdência social, o transporte, o sistema militar, a mídia e o turismo auto-reproduzem-se atualmente como ‘sistemas mundiais’ no sentido de Wallerstein e fazem, dessa maneira, concorrência à política internacional dos Estados nacionais, com sucesso.⁶⁷

É exatamente por isso que Bolzan, ciente da importância da Constituição “para o reconhecimento e desenvolvimento de um direito humanitário, mesmo sem que saibamos exatamente e com certeza sobre qual o espaço geográfico que incidirá o regramento constitucional – o nacional, o local, o regional, o mundial(?)” reconhece que o “seu papel (da constituição) não está terminado, mesmo que esteja passando por uma reformulação profunda, produto de uma realidade nova que impõe seja ordenada levando-se em consideração o seu cunho aberto e universalizado.”⁶⁸.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional

65 LUHMANN, 2002, p. 660.

66 TEUBNER, 2003, pp. 9 – 31.

67 É preciso, todavia, não olvidar, como aqui já ressaltamos a partir do pensamento de Bolzan e Castells, a existência, também, de núcleos heterárquicos nocivos e com atuação igualmente voltada para concorrer com o poder estatal como, por exemplo, a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

68 BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 94 – 95.

como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático. A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder os ajustes necessários nessa linha de fratura. No caminho desse conserto, o fortalecimento da doutrina e do Poder Judiciário, estamos convencidos, constituem *loci* altamente privilegiados ao declarado escopo e suas funções necessitam ser re(visitadas).

A emergência de centros heterárquicos, ou seja, centros de poder produtores de direito que concorrem com o direito produzido pelo Estado Nacional, que caracteriza o fenômeno globalizante, revela a crise de unidade e mesmo de autonomia tanto no ambiente do direito interno, quanto na ordem internacional, dos sistemas que a integram, todos eles, além e sobretudo da política, da economia e do próprio direito. Teubner sustenta mesmo a falta de unidade que seria compensada com o irrompimento de “operações transjuncionais”. Nesse ponto, Neves diverge de Teubner para insistir na unidade, complexidade e multiplicidade de programas do sistema jurídico estatal, que não resultaria trivializada pelas comunicações deflagradas pelas operações entre sistemas heterárquicos:

Em vez de negar em geral a unidade do direito, tal como propõe Teubner, parece-me que caberia levar em consideração o fato de que no Estado Democrático de Direito o direito positivo, constituindo sistema jurídico diferenciado tanto funcionalmente quanto territorial-segmentariamente, não é uma “máquina trivial”, suscetível de ser caracterizada como uma unidade simples, invariante e instrumental na perspectiva de um observador externo. Configura, ao contrário, uma “máquina não trivial”, cuja unidade é não invariante, altamente complexa e múltipla, pois depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observadores e autodescrições. Exatamente por isso não cabe falar de uma identidade simples do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, mas sim, utilizando a linguagem de Teubner, investigar as “identidades múltiplas” desse sistema. O seu código binário “lícito/ilícito”, no qual se assenta a unidade sistêmica, manifesta-se em uma

multiplicidade de programas, contextos sociais, e problemas intra-sistêmicos, envolvendo-se em operações transjuncionais como outros códigos binários.⁶⁹

A opção de Neves privilegia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito levando em consideração o novo *locus* onde irradiará sua atuação. Divisa-se, portanto, na ordem internacional globalizada, uma policontextualidade alavancada a partir de operações transjuncionais, o que, a bem da verdade, assegura a sua existência a par de não constituir um sistema social diferenciado. Por isso prossegue Neves propugnando, enfim, pela compatibilidade da concorrência entre o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e o pluralismo jurídico da sociedade mundial afirmando que:

Deve-se observar que a polivalência das operações transjuncionais pressupõe a bivalência dos códigos dos respectivos sistemas. Mediante essas operações é possível “passar de uma contextura (uma distinção ‘positivo/negativo’) para uma outra e marcar, a cada vez, quais as diferenças que se aceitam ou se rejeitam para determinadas operações”. A policontextualidade implica não somente que haja operações transjuncionais entre o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e outros tipos de códigos sociais binários (“ter/não-ter”, “poder/não-poder”, “verdadeiro/falso”, “transcendente/imanente”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”, etc.), mas também que ocorram operações polivalentes entre o código “lícito/ilícito” sob o qual o referido sistema opera e outras manifestações do código binário do direito. Essas, por seu turno, não se reduzem nem àqueles códigos jurídicos que se afirmam, respectivamente, em outros sistemas jurídicos estatais segmentariamente diferenciados, nem ao código binário que se apresenta no direito internacional público, mas incluem igualmente os códigos binários específicos das ordens jurídicas globais plurais. Quer dizer: a referência à unidade não trivial, complexa e múltipla do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito não exclui uma pluralidade de outras ordens jurídicas que estejam em relações permanentes de concorrência com esse sistema; portanto, não é, em princípio, incompatível com o pluralismo jurídico da sociedade mundial.⁷⁰

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio

69 NEVES, 2006, pp. 264 – 265.

70 Idem, p. 265.

da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais. E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código⁷¹, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações inter-sistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global. Porém, é preciso estarmos atentos para os efeitos que daí podem advir já amplamente aqui registrados na linha do pensamento de Bolzan e Castells e agora na linguagem de Luhmann que reclama a atenção para a circunstância de que

La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión, tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación por funciones cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los efectuados dependen ahora de la economía del dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictivas.⁷²

Isso significa dizer, enfim, que a responsabilidade dos formadores de opinião (registre-se: a importância da doutrina) e dos espaços de juridicidade do Estado contemporâneo é grande e que os possíveis meios voltados para gerar um fluxo de solidariedade em toda a humanidade⁷³, não podem ser relegados.

5. Conclusões

Vivemos hoje tempos difíceis. Na sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, a experiência do jurídico, como experiência do *humano*, o sentido do direito e da própria democracia não pode ser relegado ao esquecimento. Esse sentido, conquanto estejamos a trabalhar com obra do homem, deve projetar-se pelos caminhos da *phronesis*, como virtude cardeal, e nas mãos de quem for ganhará dignidade e, lançada, assim, a experiência para o *ethos*, seja nas mãos de um estudante dos bancos de uma faculdade,

71 Ver LUHMANN, 2002, pp. 660 – 661.

72 Idem, p. 661.

73 Ver BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 99 – 100.

seja nas mãos de um *chief justice* das supremas cortes, seja nas mãos de um parlamentar ou do chefe de governo, poder-se-á se perquirir em que medida uma resposta aponta (materialmente) para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para a virtude ou para o vício, ainda que revestida de uma técnica (forma) que, em nome de um discurso universalista, confira-lhe grau de correção. Sem dúvida, essa resposta não reside no campo do indecifrável, na subjetividade de qualquer ator jurídico que mascare qualquer mistério (desde existencial, técnico-formacional ou pessoal). Ela existe como condição de possibilidade e deve-se evidenciar cultural-civilizatoriamente comprometida com o projeto de *homo humanus* que o direito deve distinguir em prestígio da experiência democrática.

Nessa altura, recordemos, porque oportuno, do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de um anão, na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguir lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sua sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado Francês reformou a decisão e interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa⁷⁴. Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.⁷⁵

74 Extrato da decisão pode ser consultado in: <http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/anao.pdf>. Consulta efetuada em 05/02/2015.

75 Informação e contextualização apresentadas por Luiz Roberto Barroso na entrevista intitulada: *Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)*, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>, consulta realizada em 05/02/2015.

É nessa contextura que se pode divisar o quão complexas⁷⁶ são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – as vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter-se cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado sob o comando hipertrófico de uma falsa liberdade guiada pela atuação hegemônica da economia ou pela atuação de polos nômicos nocivos, seja na órbita interna, seja na esfera internacional.

Que nos seja permitido, enfim, lembrar – e apenas lembrar com o peso da incerteza que recai sobre nossos ombros diante de indagações que tais que as reflexões acerca do direito e da democracia nos impele – que é preciso desvendar os olhos para descobrir e compreender as cores da *diferença* gerada pela *pluralidade no mundo prático*, mas com o cuidado para não permitir que a claridade estonteante de *universalidade racional* possa abarcar todas essas cores mergulhando-nos numa brancura tão luminosa, tão total, que devore, mais que absorva, as cores, as coisas, enfim, o homem (*o homo humanus*), tornando-nos, dessa maneira, duplamente cegos...

6. Referências

- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. In: **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

⁷⁶ Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o uso de células tronco embrionárias, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio-ambiente, reserva do possível e mínimo existencial, entre tantas outras.

- BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Propietario**. Madrid: Trotta, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)**, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática*. In: AVELÁS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)**. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm,
- CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. Campinas: Papirus, 2003.
- CASTELLS, Manoel. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- _____. **A Sociedade em Rede**. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A revisão da doutrina democrática*. In: **Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura**. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- GOBARDO, Emerson. *O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

- HOBBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.
- REGONINI, Gloria. *Estado de Bem-estar*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1. Brasília: UNB, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003.