

RIVA SOBRADO DE FREITAS
MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Série

Direitos Fundamentais Civis

Temas de Direitos Fundamentais Civis 1



RIVA SOBRADO DE FREITAS
MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ISBN 978-85-8422-058-8

Série

Direitos Fundamentais Civis

Temas de Direitos Fundamentais Civis 1

© 2015 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F866t	Freitas, Riva Sobrado de. Temas de direitos fundamentais civis I / Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe de Castro. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Cívicos) 54 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-058-8 1. Direitos fundamentais. 2. Constitucionalidade. I. Castro, Matheus Felipe de. II. Título. III. Série
-------	---

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)
Guido Smorto (Palermo, Italia)
Simone Pajno (Palermo, Italia)
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)
Daury Cezar Fabríz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
CAPÍTULO I	
TRANSFORMAÇÕES ESTRUTURAIS DO ESTADO SOCIAL E OS DESAFIOS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS.....	7
Riva Sobrado de Freitas	
1.1 DO ESTADO INTERVENCIONISTA AO ESTADO DESREGULADO: FATORES DE CRISE DO ESTADO SOCIAL	9
1.2 A DESMONTAGEM DO ESTADO INTERVENCIONISTA: O FENÔMENO DA DESREGULAÇÃO	12
1.3 O IDEÁRIO NEOLIBERAL E A PROPOSTA DE DESCONTITUCIONALIZAÇÃO	13
1.4 GLOBALIZAÇÃO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL E O DESAFIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS	15
1.5 OS DESAFIOS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS.....	18
1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	19
REFERÊNCIAS	20
CAPÍTULO II	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E OS DESAFIOS A SUA EFETIVAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO	23
Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe Castro	
INTRODUÇÃO.....	25
2.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE.....	26
2.2 UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA: A ERA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	27
2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL?	29

2.4 INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA SUBSTANCIAL: A PROPOSTA DE UM DIREITO MALEÁVEL: CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS	34
CAPÍTULO III	
O ESTADO-NAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	37
Matheus Felipe de Castro, Riva Sobrado de Freitas	
INTRODUÇÃO.....	39
3.1 A CRISE ECONÔMICA E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO	39
3.2 O PAPEL DO ESTADO PARA O NOVO DESENVOLVIMENTISMO	46
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	52

APRESENTAÇÃO

Esse trabalho resulta do Projeto de Pesquisa: “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E SUA EFICÁCIA MATERIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO”. Está inserido na linha de pesquisa: DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS do PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO da UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA.

Compõe esse livro três artigos que tiveram por objeto pesquisar as transformações Estruturais do Estado Contemporâneo com vistas a mensurar as repercussões dessas alterações na eficácia material dos Direitos Fundamentais Civis. Para tanto, o primeiro artigo “TRANSFORMAÇÕES ESTRUTURAIS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” de autoria de Riva Sobrado de Freitas, propõe uma abordagem criteriosa sobre a origem e a natureza dessas transformações em período posterior a segunda crise internacional do petróleo que impactaram o paradigma de intervenção implementado em diferentes modelos de Social Democracia e repercutiram profundamente na eficácia dos Direitos Fundamentais em geral.

O segundo artigo: “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E OS DESAFIOS A SUA EFICÁCIA MATERIAL: Considerações sobre a interpretação Moral da Constituição”, de autoria de Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro, trata da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais Civis, enquanto um fenômeno que tem como objetivo a criação de uma intersecção entre Constituição e Direitos Civis, com impactos profundos para a hermenêutica contemporânea, trazendo possibilidades distintas para a realização dos Direitos Fundamentais Civis.

O terceiro artigo, de autoria de Matheus Felipe de Castro e Riva Sobrado de Freitas, recebeu o título: “O ESTADO-NAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL” aborda o projeto de desenvolvimento previsto na Constituição de 1988, considerado um Direito Fundamental pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional.

CAPÍTULO I

Transformações estruturais do estado social e os desafios na formulação das políticas sociais contemporâneas

Riva Sobrado de Freitas

1.1 DO ESTADO INTERVENCIONISTA AO ESTADO DESREGULADO: FATORES DE CRISE DO ESTADO SOCIAL

Em período posterior a segunda crise internacional do petróleo, que corresponde aos finais dos anos setenta os Estados do “Bem-estar Social”, paradigmas de intervenção implementados em diferentes modelos de social democracia, sofreram impactos que tiveram como origem os fenômenos de deficit fiscal, recessão econômica, para além do desemprego que se deu de forma generalizada. (O’CONNOR, 1977, p. 57).

Tais eventos comprometeram definitivamente a legitimidade dos “Estados Sociais” na medida em que levaram ao descrédito a sua governabilidade e promoveram a descrença na sua eficiência para sanar a diversidade dos desequilíbrios sociais.

Em verdade, a partir do momento em que os encargos sociais, decorrentes do atendimento às demandas da população foram identificados como os principais responsáveis pelos desequilíbrios fiscais e pela queda da renda nacional e individual, caíram em descrédito os mecanismos de natureza compensatória, tais como as políticas públicas utilizadas, via intervenção estatal, cujo objetivo era viabilizar um grau compatível de harmonia social necessária a perpetuação do sistema econômico.

Desta forma, o arrefecimento da economia mundial, especialmente em países economicamente desenvolvidos determinaram restrições nos custos sociais responsabilizados por serem os fatores que desencadearam tal crise.

Outro aspecto constatado pela quase unanimidade dos analistas refere-se à expansão do aparato estatal à burocratização excessiva dos programas estatais e à centralização exagerada dos processos decisórios, considerados estes elementos como determinantes pela perda da eficácia e legitimidade do modelo “Welfare State” (GILDER, 1982. p.127).

De outra parte, este período também se notabiliza por uma transformação radical nas economias ocidentais que repercutiram profundamente nas sociedades contemporâneas. As questões sociais em prol da equidade e justiça social até então estruturadas no conflito capital-trabalho, foram substituídas por outras demandas que paulatinamente se tornaram prioritárias e propugaram novos valores que passaram a ser reconhecidos como “pós-materialistas”, tais como qualidade de vida, informação, conhecimento, qualidade de consumo, que certamente foram ganhando importância com a afirmação de uma economia globalizada, centrada na liberdade de mercado e no incremento dos fluxos internacionais de bens e serviços (ROSANVALLON, 1985, p. 49).

Estes fenômenos de ordem econômica e suas decorrências na órbita das lutas sociais implicaram certamente no impulso de políticas de cunho neoliberal, que formularam argumentos teóricos capazes de abalar profundamente as estruturas estatais então vigentes, apontando como “saídas redentoras” a desregulação e a privatização como instrumentos decisivos para a configuração de economias mais abertas e mais competitivas baseadas na liberdade de mercado (BANCO MUNDIAL, 1994, 1997, 2001).

A partir de então passam a ser promovidas alterações profundas relativas aos modelos de gestão pública que caracterizaram o período pós-guerra. Com a implementação

das idéias neoliberais em substituição às políticas públicas de cunho redistributivista, (aos moldes do “Welfare State”), para além da desconfiança generalizada em toda a intervenção estatal, o que se pode verificar foi o deslocamento paulatino, mas irreversível da formulação e execução das políticas públicas para os setores privados. Consequentemente este movimento também fez transitar para o espaço privado a própria formulação e execução das regras de justiça abalando as bases e fundamentos do direito moderno (FARIA, 2002, p. 60).

Constatamos pois, impasses colocados frente ao chamado Estado do Bem-Estar Social, assim como as suas políticas destinadas a remediar as desigualdades sociais. Entretanto para que possamos melhor refletir sobre o impacto sofrido nas estruturas do Estado Contemporâneo e suas decorrências, especialmente no que se refere à reconstrução de um novo ideário político que se dá preponderantemente sobre a órbita privada, entendemos importante retomar alguns fatores que acabaram por desencadear a crise e a desestruturação do Estado do Bem-Estar Social.

Posteriormente, após revisitarmos as questões atinentes à crise do Estado Social, é nosso propósito buscar identificar o fenómeno da reconstrução deste novo ideário político, cujas formulações emergem com peculiaridades distintas, contribuições vantajosas imensas e até mesmo distorções que se apresentam até este momento.

a) Fatores de ordem econômica

Entre os elementos motivadores da crise do Estado Providência deve-se dar especial destaque aos fatores de ordem econômica.

A partir do final da década de setenta, o arrefecimento da economia, notadamente em países de capitalismo central, coloca de forma recorrente na pauta das discussões, o questionamento da legitimidade dos mecanismos de redistribuição de riquezas e a eficiência das políticas públicas que delineavam o perfil do Estado do Bem-Estar Social.

Quanto a estes aspectos, a maioria dos autores que se dedicaram a identificar através de pesquisas e estudos, a crise do Estado Providência estão de acordo. Suas divergências acentuam-se apenas no que se refere à origem da crise. Para autores como Gilder (1982) que se notabiliza entre os teóricos que defendem as teses neoliberais, as políticas sociais antagonizam-se com o desenvolvimento econômico. Seriam portanto elementos desencadeadores da atual crise na economia. Para outros teóricos entretanto uma diversidade de fatores estariam a contribuir para esgotamento deste paradigma de Estado, sem que houvesse a necessidade imperativa de cortes nos custos sociais. Entre estes destaca-se Rosanvallon (1985, p. 20-28) suas teorias apontam, principalmente o advento de uma nova “revolução cultural” que traria novos valores, fundados na participação e priorização de formas de vida comunitária, traduzindo uma preocupação com a ecologia e qualidade de vida, em detrimento muitas vezes do crescimento e da expansão econômica a qualquer preço.

Distintamente, encontramos ainda autores como Delcourt (1982) e Berlinger (1983) que, em sua diversidade, levantaram a inadequação dos programas sociais, apontando a ausência de democracia na escolha das políticas públicas e na utilização dos recursos na área

social, como o principal entrave para promoção da justiça social e equidade necessárias ao desenvolvimento do sistema político social.

Para O'Connor (1977, p. 57) entretanto, o problema de continuidade e desenvolvimento dos programas sociais inscreve-se numa questão mais ampla, de “crise fiscal do Estado”, que se expressa no crescimento dos gastos mais rápidos que o meio de financiá-los.

b) Fatores de ordem política

Entre os fatores de ordem política, destacamos o colapso do acordo inter-classes que caracterizou o pós-guerra e muito contribuiu para a expansão do Estado Providência, durante este período, até meados dos anos setenta.

Por um lado, se tal compromisso garantiu o desenvolvimento económico e político do sistema, porque evitou conflitos radicais e disfuncionais, por outro lado mostrou-se insuficiente para atender às demandas sociais, alterar as desigualdades, perpetuando a concentração de capital e o poder preexistentes (OFFE, 1984, p. 372-373).

Face ao seu esgotamento tornou-se inviável a manutenção deste modelo pactuado até porque perdeu a legitimidade social necessária e propiciou o agravamento da crise política e social.

c) Fatores de ordem social

Para compreendermos os fatores de natureza social é necessário reconhecermos a existência entre o indivíduo e o Estado de uma sociedade não mais homogênea mas pelo contrário, segmentada em diferentes agrupamentos sociais, com necessidades distintas e valores que diferem daqueles estritamente materiais, baseados na acumulação e apropriação de riquezas.

A fragmentação do tecido social e o advento de grupos organizados com reivindicações próprias imprimiram modificações profundas quanto às expectativas de um sistema político fundado na igualdade promovida pelo Estado.

Em verdade, estas novas expectativas geraram solicitações que privilegiaram sobretudo as diferenças existentes entre os vários setores sociais confrontando-os com os valores sociais tradicionais que atribuíam ao Estado a responsabilidade pela minoração das desigualdades, deixando em segundo plano a diversidade das necessidades e reivindicações existentes (ROSANVALLON, 1995, p.50).

Este descompasso entre o valor básico, que fundamenta o Estado Social qual seja: a diminuição das desigualdades sociais, e os novos valores denominados pós-materialistas que buscam sobretudo a qualidade de vida (ecologia, lazer, etc) representou fator de ordem cultural e sociológica que em muito contribuiu para a crise dos Estados de Bem-Estar Social.

1.2 A DESMONTAGEM DO ESTADO INTERVENCIONISTA: O FENÔMENO DA DESREGULAÇÃO

Como já tivemos a oportunidade de mencionar a crise na economia mundial, especialmente em países economicamente desenvolvidos, determinou restrições nos custos sociais responsabilizados como fatores desencadeadores desta crise, para além do fenómeno da retração do Estado

Neste cenário de inadequação do Estado face às novas necessidades económicas e sociais emergidas com a globalização da economia, presenciamos a afirmação progressiva do modelo neoliberal de Estado inclusive em países socialistas tais como a Rússia, a China e Cuba.

As transformações propostas pelo modelo neoliberal abrangem entre outras, a reforma tributária, a liberalização financeira, o regime cambial, a liberalização comercial, investimentos diretos estrangeiros e em termos políticos-jurídicos as privatizações e o fenómeno da desregulação.

Apesar de não objetivarmos adentrar cada aspecto mencionado, ressaltamos de maneira geral a soberania absoluta do mercado como marco central desta proposta

Pretende-se a regressão a um padrão económico pré-Revolução Industrial que em muito se aproxima do ortodoxo modelo do *laissez-faire*, de redução das funções do Estado à manutenção da lei e da ordem pública.

A justificativa para a retração do Estado é a eficiência. Torná-lo menor, reduzir a burocratização excessiva, a centralização exagerada dos processos decisórios por considerar estes elementos como os responsáveis pela perda da eficiência do modelo intervencionista. Entretanto, o risco que se corre é de torná-lo exíguo a tal ponto em que ficam comprometidas suas missões clássicas de provedor da segurança pública e mantenedor da lei, responsabilidades irrenunciáveis até mesmo dentro de um Estado Liberal Clássico.

Entre as transformações necessárias à retração do Estado que ora tratamos afigura-se, de forma relevante, providências quanto a sua desregulação. Este fenómeno implica na desmontagem dos sistemas jurídicos vigentes, com o escopo de torná-lo apto a responder às novas necessidades do capitalismo na atual fase neoliberal (WILLKE, 1986; TEUBNER, 1987; SAND, 1997).

Para a efetivação da desmontagem a ser operada na ordem jurídica são necessárias alterações distintas: em um primeiro plano, há que se afetar transformações pertinentes ao nível da ordem constitucional, fenómeno este denominado “desconstitucionalização dos direitos”. É importante que se ressalte para tanto a posição de supremacia das normas constitucionais. Considerando que tais normas fundamentam o ordenamento jurídico inteiro de um país, uma retração significativa em direitos tutelados, ainda que por normas de igual hierarquia, poderia implicar em inconstitucionalidade e nulidade destas medidas, numa reforma constitucional.

Entretanto, para se levar a efeito a “desconstitucionalização” de direitos, algumas dificuldades ficam evidenciadas sobretudo no que se refere à soberania do Estado e ao res-

peito ao pacto constitucional. A constituição reflete em termos jurídicos um acordo político não fundado em direito positivo preexistente, mas que se estrutura em uma composição entre setores hegemônicos da sociedade. Tal compromisso implica certamente na edificação de um perfil político-ideológico, presente na constituição e na escolha dos bens jurídicos (valores) por ela tutelados. Retrações significativas na amplitude ou no rol destes direitos revelariam a ruptura do pacto social.

Há que se considerar também o sistema de preservação das constituições e dos pactos que as informam. A rigidez constitucional, cláusulas *pétreas*, presentes em muitas constituições implicam dificuldades postas às reformas constitucionais necessárias à implementação da ordem neoliberal.

De outra parte, normas infra-constitucionais também sofrem o fenômeno da “desregulação” ou são “flexibilizadas”.

Frequentemente o ideário neoliberal impõe exigências quanto a retração da legislação existente, especialmente em Direitos Trabalhistas e Sociais. Este fenômeno geralmente ocorre quando entidades transnacionais se instalam em determinado território e a sua regulação interna demonstra incompatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. Como forma de solucionar o impasse observa-se a “adequação” do ordenamento jurídico do Estado (Direitos Sociais) às normas transnacionais, uma vez que estas não costumam se submeter ao ordenamento jurídico dos países em que ingressam. Para tanto, busca-se ora a revogação dos Direitos Sociais, por normas de igual hierarquia ou propõe-se a flexibilização dos mesmos de modo a adequá-los aos novos contratos de trabalho.

1.3 O IDEÁRIO NEOLIBERAL E A PROPOSTA DE DESCONTITUCIONALIZAÇÃO

O Estado Contemporâneo vem demonstrando incapacidade de assegurar uma regulação social eficiente quer através do Direito Público (de maneira geral), quer através do Direito Constitucional (especificamente) face à sofisticação das demandas e à pluralidade dos conflitos que caracterizam a sociedade nos dias atuais. Este diagnóstico é apresentado por grande parte dos especialistas que têm refletido sobre a crise dos ordenamentos jurídicos estatais (FARIA, 2002, KUNTZ, 2002).

O Direito Positivo, de outra parte acaba por comprometer a sua estrutura lógico-formal quase que totalmente, na medida em que ao procurar responder a esta diversidade de solicitações perde a capacidade de operar por meio de categorias válidas *erga omnes* (FARIA, 2002).

Neste sentido a Constituição também tem revelado sua inaptidão estrutural em relação a fatores sociais complexos porque estes exigem, de forma crescente mecanismos, ora de decisão, ora de controle para o cumprimento de suas metas mais elementares. (CANOTILHO, 2006). Consequentemente observa-se uma crescente ampliação da regulação, de forma geral, o que compromete definitivamente sua coerência interna e a incapacita para promover solução às tensões sociais.

Constatada a veracidade destas afirmações quais alternativas restariam para o Direito Público e para o Direito Constitucional respectivamente?

A proposta neoliberal aponta como superação dos impasses uma profunda revisão doutrinária em algumas categorias básicas da política, tais como: regras da maioria, soberania nacional e até mesmo indica a necessidade de repensar a ordem jurídica constitucional enquanto um sistema fechado e hierarquizado de normas. Entende ser mais adequado transformá-lo num sistema flexível às autonomias sociais, mais próximo a um acordo.

Consoante estas observações caberia ao Direito Constitucional ser o resultado de um ato multilateral de consultas que fossem realizadas e pactuadas antes mesmo do procedimento legislativo no parlamento.

Com base na proposta em tela, o Direito Constitucional deveria ater-se a assegurar um mínimo de governabilidade por parte do Estado e a neutralizar a propensão de organizações empresariais, sindicais e corporativas situadas nos setores estratégicos da economia. Teria como objetivo restringir-se apenas às normas de procedimento aos moldes das “quase-normas” utilizadas pelo Direito Internacional (FARIA, 2002). Que considerações poderíamos tecer acerca das mudanças apontadas?

Em princípio tais propostas se apresentam extremamente sedutoras. A busca de um consenso nacional e universal precedendo a elaboração de uma constituição refletiria uma alternativa democrática para a superação dos impasses na órbita das constituições, especialmente as mais recentes, de corte intervencionista, dirigentes.

Entretanto a busca da neutralidade em uma constituição, ainda que obtida através de um pacto isento de distorções revela-se perspectiva demasiadamente ingénuo quando o que se objetiva é fazer desaparecer os antagonismos próprios das relações sociais (RAWLS, 2004, MOUFFE, 1999). De outra parte, quando diferenças de natureza económicas (tais como concentração de renda,) que certamente permeiam boa parte destes antagonismos são secundarizadas ou não estão presentes na agenda destas negociações, a eficiência e a exequibilidade destes pactos restam definitivamente comprometidas. Um acordo entre setores sociais sem o mesmo poder de negociação, em posições assimétricas teria como resultante a exclusão dos setores subalternos.

Considerando alguma pertinência nestas ponderações qual a garantia da neutralidade constitucional?

Quando tratamos das teses sobre a neutralidade quer do Estado quer das constituições fundadas no liberalismo clássico, recuperando as idéias de limitação do governo e da negação máxima da autoridade do Estado, numa perspectiva de coibir qualquer intervenção em liberdades individuais e defender as autonomias sociais, aí então haveria uma “neutralidade constitucional”. Entretanto esta neutralidade estaria comprometida com as teses liberais. Esta é a única conclusão a que podemos chegar.

Resta ainda uma outra questão a ser enfrentada. Quando se faz a opção pela teses liberais, ainda que com vistas a garantir a maior expressão possível dos segmentos sociais, em que medida tal perspectiva teria de fato eficácia? Qual a real possibilidade de diálogo entre os vários grupos sociais, com toda a sua diversidade cultural, económica, religiosa, ideológica, etc, quando imersos em uma racionalidade liberal que se caracteriza pela sua universalidade?

Curiosamente o que se observa na órbita das decisões e dos diálogos políticos é a utilização da “neutralidade” e da “imparcialidade” enquanto argumentos de exclusão dos eventuais oponentes políticos (ou ideológicos), sob a justificativa da irracionalidade de suas teses. A este respeito convém que se retome a obra de Chantal Mouffe, quando aborda especificamente “A questão da neutralidade do Estado.” (MOUFFE, 1999, p. 171).

Ainda sobre esse mesmo tema, observamos uma posição um pouco distinta de Dworkin (1991, p. 127) quando discute aspectos do liberalismo. Este autor não concebe a neutralidade do Estado de forma absolutamente acéptica. Toma-a como ponto de partida para a realização da igualdade formal e entende que este princípio constitui o próprio núcleo do liberalismo. Assim, justifica a neutralidade do Estado afirmando que este deve tratar seus cidadãos com a mesma medida de justiça, como forma de respeito à pluralidade social. Cada cidadão a seu ver, poderia divergir quanto às concepções de Bem Comum. Consequentemente a neutralidade do Estado implicaria no respeito a estas diferenças.

Dworking, certamente com propostas mais realistas não propõe a neutralidade absoluta do Estado. Entretanto é preciso que se reflita sobre a imparcialidade quando ela se escuda no princípio da igualdade formal.

A igualdade formal, adotada pelo Liberalismo Clássico, parte do pressuposto da atribuição da mesma medida de justiça a todos os cidadãos.

Entretanto quando observamos a realidade própria do convívio social, em que indivíduos e grupos organizados dialogam em condições assimétricas, a aplicação da mesma medida de justiça gera exclusão social e não oferece de fato possibilidades para a expressão das autonomias sociais.

Consoante os antagonismos expostos e as dificuldades elencadas, certamente é necessário que se tenha muita cautela no que se refere às teorias sobre a “neutralidade do Estado” e sobre a possibilidade de um pacto multilateral não excludente de setores sociais.

Neste aspecto nos identificamos plenamente com a autora Chantal Mouffe (1999, p. 198) para quem a questão central da democracia pluralista “não reside na ausência de dominação e violência”. Para ela é extremamente importante “abandonar a ilusão mistificadora de um diálogo livre de coerção”. Mouffe, entre as várias possibilidades que constrói, sugere o estabelecimento de um conjunto de instituições suficientemente aptas a oferecer limites a estas exclusões e violências e nunca mascará-las sob argumentos de racionalidade.

1.4 GLOBALIZAÇÃO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL E O DESAFIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS

“Vagamos entre dois mundos,
um morto e outro incapaz.”
Matthew Arnold

Como já nos reportamos anteriormente, nos últimos cinquenta anos, algumas idéias matrizes justificaram e ofereceram a certeza de que os mecanismos de redistribuição de riquezas poderiam ser suficientes para atender às demandas sociais e conferir legitimidade ao poder estatal vigente. De outra parte acreditava-se também que tais requisitos bastariam

para a promoção do progresso, em todas as instâncias Este seria inexorável, ainda que não se pudesse conceituá-lo de forma precisa (QUESADA, 2004, p. 13).

Entretanto com a crise desta idéias que fundamentaram o Estado Social, tal como uma mãe a nutrir e justificar suas decisões, pudemos testemunhar transformações que alcançaram desde a própria concepção de ser humano, questões atinentes a sua vida e dignidade até os aspectos que tocam a legitimidade do poder.

Um dos factores que colocaram em crise e impactaram todo este ideário assimilado e identificado com Estado Social foi certamente a globalização económica e seus desdobramentos, já que, como entende Quesada, retrata vários processos que acabaram por compor uma dimensão plural com repercussões variadas e distintas (QUESADA,2004).

De facto, a globalização tem promovido transformações profundas de cunho inclusive ideológico quando pressiona e propugna por implantar nos Estados todo o ideário de corte neoliberal, promovendo o fenómeno da retração do Estado e a sua desregulação, tendo por objetivo adequá-lo às novas necessidades das economias globalizadas. Neste sentido vai ainda mais além, procurando redefinir ideologicamente os mecanismos de organização social, criando uma concepção cultural própria, com efeitos devastadores em políticas e direitos (especialmente os sociais) ligados à forma de justiça redistributiva. Tudo sempre sob a justificativa da operacionalidade e da funcionalidade das novas demandas, próprias da economia globalizada.

Sem termos por objetivo esgotar o tema em tela mas apenas buscar-lhe um conceito operacional que nos possa fornecer subsídios para reflexão, passamos a elencar algumas das transformações e rupturas mais emblemáticas do Estado Contemporâneo levadas a efeito pelo fenómeno da globalização do capital que se observa contemporaneamente: (FARIA. 1996, p. 127-160)

- a) Mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas monetárias, tributárias dos Estados nacionais;
- b) Desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações e a transferência de suas atribuições e responsabilidades às empresas privadas;
- c) A “deslegalização” de sua legislação social, fenómeno também conhecido como o da “desregulação”, abrangendo desde o fenómeno da desconstitucionalização inclusive dos Direitos Sociais e a flexibilização da legislação infra-constitucional de ordem social;
- d) Internacionalização do Estado, mediante os processos de integração formalizados pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação do protecionismo tarifário, das reservas de mercado e dos mecanismos e subsídios fiscais;
- e) O fenómeno da “deslocalização” da produção que significa a mudança da matriz da produção internacional entre fornecedores de matéria-prima e fabricantes

- de produtos manufaturados para a produção de serviços de nível tecnológico não importando onde o produto final seja montado;
- f) O fenómeno da “desterritorialização” do espaço de produção, que significa a mudança da matriz da produção internacional entre fornecedores de matéria-prima e fabricantes de produtor manufaturados.
 - g) O fenómeno da “desterritorialização” do espaço de produção, mediante a substituição no século XX, de carácter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista” substituição essa acompanhada pela “flexibilização” das relações contratuais trabalhistas;
 - h) O “Planeamento Tecnológico” de atividades em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio, aceitando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas são mais favoráveis;
 - i) Expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória “lex mercatória”, como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociação estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.

Quando observamos os pontos de ruptura levantados, concluímos que o seu denominador comum é como se vê e já o mencionamos, o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Durante várias décadas o Estado Social fundamentou suas decisões nas necessidades originadas do capital nacional. Na medida em que este passou a prescindir do Estado, tanto no que se refere aos seus subsídios, quanto no que toca a sua regulação protetora, todo o aparato amplamente desenvolvido para fazer frente a esta empreitada intervencionista passou a ser desmontado.

De outro lado, sempre foi característica deste paradigma estatal buscar conferir legitimidade ao poder vigente em idéias que apontavam os mecanismos de redistribuição de riquezas como instrumentos suficientes para atender às demandas sociais e pacificar a sociedade.

Entretanto, a partir do momento em que o capitalismo retoma a sua expansão através de um processo de internacionalização do capital, ambas intervenções (na área econômica e social) tornaram-se desnecessárias e operaram mudanças significativas, comprometendo profundamente a certeza da viabilidade e da necessidade de qualquer forma de intervenção.

Não obstante, apesar da inoperância do Estado Social demonstrada em várias oportunidades, (na área econômica e social), restou sem solução, na medida em que houve o desmantelamento do aparato estatal, a questão da proteção social até então provida, ainda que insuficientemente pelo Estado.

É importante lembrar também que as desigualdades e as exclusões sociais aumentaram com o fenômeno da globalização e que o Estado, em seu declínio passou a ficar

refém, cada vez mais, de uma cooperação internacional. Entretanto, em que mediada esta cooperação estaria compatível com as idéias neoliberais?

O papel tradicionalmente atribuído ao Estado de promotor social através por exemplo das políticas públicas não poderá jamais ser substituído pela lógica do mercado.

Acompanhando o ideário neoliberal que recomenda a transferência das responsabilidades tradicionalmente atribuídas ao Estado para a órbita social, e o fenómeno da retração já implementado à máquina estatal, no que toca seu aparato burocrático (para além do corte nos gastos públicos) restam inviáveis quaisquer tentativas de implementação da justiça redistributiva.

Vale lembrar ainda que, consoante a proposta neoliberal estas não são mais atribuições do Estado Contemporâneo e não apenas porque não solucionam o problema da escassez e oneram o mercado, mas sobretudo porque transgridem a lógica da não intervenção e são contrárias às idéias dominantes do *laissez-faire*. As teses sobre a neutralidade do Estado e do pacto constitucional, como já vimos, temem imprimir para a órbita das decisões políticas uma racionalidade universal porque esta excluiria setores e comprometeria o pluralismo, implicando em violência e dominação.

Quais seriam então as alternativas para a defesa social que pudessem garantir participação aos diversos setores na defesa da Vida e da Dignidade Humana?

1.5 OS DESAFIOS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS

Em primeiro plano é fundamental não estabelecer distinção entre a luta pela VIDA e Dignidade do Ser Humano como se fossem questões apartadas. Em verdade, o Direito à Vida deve abranger o conceito de Dignidade Humana, transitar para além da noção da simples sobrevivência.

Entretanto o próprio conceito de Dignidade traduz um valor passível de sofrer variações quanto ao seu conteúdo, com concepções diferentes de indivíduo para indivíduo, entre grupos sociais, por exemplo, e certamente terá contornos distintivos consoantes o espaço e tempo em que forem situados.

Por outro lado, a quebra do Estado Social de Direito, em função de um novo modelo social, subordinado à acumulação de capital deu margem ao surgimento de um novo imaginário político onde a questão do trabalho passou a ser substituída por outras construções sociais e culturais que nos levam a supor um novo paradigma de lutas sociais e propostas políticas em defesa da Dignidade Humana que muitas vezes resgatam certas experiências históricas.

A década dos anos noventa, conhecida como a época do “pós-socialismo”, face à ausência de um projeto emancipatório fez proliferar diferentes frentes de luta em prol da defesa da Dignidade Humana.

Outros tipos de injustiça, para além da luta dos trabalhadores se fizeram presentes e buscaram seu reconhecimento, pontuando descontentamentos e distorções que não seriam solucionados unicamente por meio de uma justiça redistributiva.

Em verdade a idéia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais para além da necessidade de expressão e participação política tem propugnado pela construção de uma sociedade pluralista, com diferentes práticas políticas libertárias, e novos atores sociais que têm como objetivo a substituição dos programas tradicionalmente propostos pelo Estado Social.

É importante notar também o grande grau de independência que estas formações culturais passaram a adquirir, especialmente aquelas ligadas à etnia, ao gênero e às discriminações, as mais variadas. Em nenhum momento questões económicas, originadas da má distribuição de renda parecem estar presentes, ou demonstram relevância.

As lutas e exigências de justiça estão referidas na importância do reconhecimento de suas diversidades, sem necessidade de quaisquer outras transformações de natureza económica ou política, até porque estas teriam como meta central supostamente o fim das distinções, da diversidade para as quais buscam visibilidade.

São inegáveis as possibilidades libertárias destes movimentos emancipatórios, entretanto nos parece que a “deificação”, da diversidade muitas vezes pode retirar da agenda das discussões dimensões ontológicas relevantes, que poderiam ativar reflexões políticas mais abrangentes do que a simples retórica moral circunscrita à luta em tela.

Nesta perspectiva concordamos com Cirillo (2002, p. 103) para quem a “diferença enquanto instrumento de libertação tem que examinar seus vínculos com a opressão”, ou então não será possível a construção de um projeto emancipatório comum, que possa ser compartilhado e empreendido pela sociedade, inclusive como forma de obtenção do resultado final satisfatório: alcançar uma vida coletiva melhor e mais segura.

Resta ainda um aspecto a ser enfrentado. Quando não se busca um projeto comum emancipatório, esta deficiência em termos de reflexão pode prejudicar a identidade do grupo em tela com outros setores subalternos e oprimidos. Assim uma vez forjada a identidade de grupo poderia não haver limites éticos à existência de grupos dominantes e subalternos.

Desta forma, são muitos os desafios às políticas sociais emancipatórias dentro deste novo imaginário político onde a questão central passa unicamente pelo reconhecimento das diversidades. A preocupação com a diferença pouco contribui para uma visão abrangente das necessidades sociais como um todo. De outro lado, secundariza questões importantes de natureza econômico-política que certamente estariam permeando boa parte das injustiças sociais que tocam os grupos em questão.

1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A crise da economia mundial determinou de maneira geral o realinhamento das políticas públicas, cortes nas políticas sociais, e sobretudo propugnou pela retração do Estado Intervencionista Social;
2. Estas transformações foram e estão sendo implementadas através de mecanismos e procedimentos, dentre os quais se destacam aqueles de natureza desregulatória, que abrangem a desconstitucionalização, a flexibilização e a des-

- regulação de normas infra-constitucionais, alcançando de maneira bastante significativa a Vida e a Dignidade das pessoas em sociedade;
3. Aponta-se ainda a perda da centralidade do Estado como formulador e gestor das regras da justiça redistributiva, transferindo para a órbita privada a incumbência para formular, definir e executar políticas públicas, instrumento até então utilizado pelo Estado para minorar as desigualdades sociais.
 4. No horizonte das políticas públicas, ora circunscritas às arenas privadas, vários são os desafios a sua implementação. O novo imaginário político da era “pós-socialismo” apresenta grupos sociais que buscam unicamente o reconhecimento das suas diversidades e secundariza questões atinentes à justiça redistributiva. De outro lado a especificidade de seus movimentos libertários dificulta a elaboração de um projeto comum emancipatório, o que inviabiliza por vezes um resultado de transformação social.

REFERÊNCIAS

- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial: infra-estrutura para o desenvolvimento*. Washington, 1994. Versão em português publicada pela Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial: o Estado num mundo em transformação*. Washington, 1997. Versão em português publicada pela Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro
- BANCO MUNDIAL. *World Development Report: building institutions for markets*. Washington: Oxford University Press, 2001.
- BERLINGER, G. La salud in la crisis del estado de bienestar. *Cuadernos médicos sociales*. Setembro, 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 15.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DELCOURT, Jacques. *Social policy: crisis or mutation?* Labor and Society. N. 7(1) jan./mar., 1982.
- DWORKING, Ronald. *Talking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1991.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos*. São Paulo: Max limonad, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

- FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Económica: implicações e perspectivas. In: *Democracia e governabilidade: Os direitos humanos à luz da globalização*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GIDDENS, Antony. *Consequences of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- GILDER, G. *Wealth and poverty*. New York: Bantam Books, 1982.
- MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A., 1999.
- O'CONNOR, James. *A crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- QUESADA, Fernando. Processos de Globalización: Hacia un nuevo imaginario político. In: *Siglo XXI: un nuevo paradigma de la política?*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004.
- RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. *La crise de L'état providence*. Paris: Seuil, 1985.
- ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale*. Paris: Seuil, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Toward a new common sense - law science and politics in paradigmatic transition*. New York: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia*. Lisboa: Gradiva, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: *Globalização: Fatalidade ou Utopia?*. Porto: Afrontamento, 2001 p. 31-106.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- WILLKE, Helmut. The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society. In: *ARSP - Archiv für rechts und sozial philosophie*. Stuttgart, v. 82. 1986.
- TEUBNER, Gunther. *Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law*. Berlin, 1987.
- SAND, Inger - Johanne. *Changing forms of governance and the role of law: society and its law*. Oslo: Arena Working Papers, 2000.

CAPÍTULO II

A constitucionalização dos direitos fundamentais civis e os desafios a sua efetivação: considerações sobre a interpretação moral da constituição

*Riva Sobrado de Freitas
Matheus Felipe Castro*

INTRODUÇÃO

Procuramos desenvolver nesse trabalho uma abordagem crítica sobre o fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais na atualidade, buscando entender os desafios que cercam essa temática, especialmente no tocante às transformações e rupturas promovidas pela irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento jurídico.

Proposta inovadora e com grande poder de sedução, especialmente pela possibilidade de realizar justiça substancial e avanços significativos para a inclusão social, vimos emergir e espraiar o efeito expansivo que as normas constitucionais adquiriram, em especial nos últimos 50 anos em face da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

A força irradiante da Constituição centrou-se sobretudo no conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, que passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, projetando-se para o interior do ordenamento jurídico, e nessa perspectiva, distanciando-se do que tradicionalmente se conhecia até então como Supremacia da Constituição, consoante o modelo kelseniano.

De outra parte, observamos que a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais se aproximou significativamente da Filosofia contemporânea construindo, através da hermenêutica constitucional uma proposta de aproximação entre Direito e Moral, tornando obrigatória a materialização dos conteúdos morais dispostos nos Direitos Fundamentais.

Desta forma, vimos a afirmação de uma nova interpretação constitucional, tomando como ponto de partida a especificidade da Constituição, por apresentar valores constitucionais com força normativa e eficácia jurídica. Consoante esta nova abordagem, haveria um contraponto entre a “Constituição real” (texto escrito das normas constitucionais) e a “Constituição ideal”, interpretando a primeira através da irradiação de valores derivados da segunda.

A justificativa legitimadora para tanto seria a busca por uma justiça substancial a caminhar no sentido de uma decisão mais apropriada, capaz de promover a necessária inclusão social.

Entretanto, se é real a possibilidade de avanços no caminho da justiça material, e da inclusão social, algumas ponderações devem ser apresentadas no tocante ao impacto das teses antipositivistas em sede da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, entre elas: a questão da segurança jurídica; a formulação de eventuais decisões particularistas e autoritárias; para além da dificuldade da construção de uma tese moral por parte do Judiciário, capaz de contemplar a diversidade de concepções de Justiça existentes numa sociedade contemporânea extremamente fragmentada.

Essas ponderações, além de outras abordadas nesse texto, foram o objeto de nossas investigações no presente trabalho, sempre numa perspectiva de observar o limite dessas formulações teóricas e os riscos de uma atividade jurisdicional extremamente subjetiva e com ampla margem de discricionariedade. Nosso objetivo nesta oportunidade foi tão somente promover as necessárias reflexões sob o ponto de vista teórico, sem contudo realizar estudos de caso, o que certamente será enfocado posteriormente.

2.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE

Em resposta às atrocidades ocorridas no período referente às duas Guerras Mundiais observou-se, para além da confecção de Declarações e Tratados de Direitos Humanos entre os países envolvidos no conflito, o crescente prestígio dos Direitos Fundamentais positivados nos diplomas constitucionais, inclusive como forma de se evitar possível retorno à violência perpetrada anteriormente.

Consequentemente diversas inovações no âmbito do Direito Constitucional foram necessárias, de modo a estabelecer um diálogo com os diferentes ramos do direito, tendo por objetivo a criação de uma intersecção entre Constituição e os Direitos Cíveis e entre Constituição e Direitos Sociais. Estas transformações ora apontadas, que repercutiram substancialmente no âmbito da hermenêutica constitucional, ficaram conhecidas como: Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

Desta forma, uma outra compreensão da relevância das cartas constitucionais e da necessidade de se garantir a eficácia material dos Direitos Fundamentais nela consagrados, foi paulatinamente afirmada até tronar-se irreversível, buscando através da irradiação das suas normas e valores a implementação do conteúdo ideológico nela estruturado, ou ainda de outra parte, a realização do “sentimento” constitucional que traduziria uma ideia de justiça e adequação, no que se refere a uma convivência social equitativa.

Assim, a irradiação dos valores constitucionais referidos nos Direitos Fundamentais passou a alcançar todos os tecidos do ordenamento jurídico, bem como a nortear as relações sociais em geral, repercutindo inclusive em relações privadas de natureza horizontal.

Desta forma, o que se pode observar em verdade é a superação da ideia de que os Direitos Fundamentais somente se prestariam à tutela dos cidadãos em face do Estado. Estes, consoante o novo entendimento, seriam compreendidos como **postulados sociais**, que revelariam uma ordem de valores a promover diretrizes ao processo legislativo, aos atos da administração pública bem como a toda jurisdição com força vinculante.

A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais transformou-se portanto em fonte de inspiração a todo o direito e para tanto operou transformações substanciais sobretudo na hermenêutica constitucional movendo-se paulatinamente para o âmbito da filosofia jurídica contemporânea, comungando com esta quer as críticas ao positivismo jurídico, quer propugnando pela reconciliação entre Direito e Moral, sempre legitimada pelo argumento da promoção da justiça e da inclusão social.

Proposta inovadora, com grande poder de sedução, na medida em que se mostrou capaz de promover avanços no tocante à inclusão social, a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais com esse efeito expansivo, condicionante da validade e sentido de todas as normas infraconstitucionais se espalhou e se afirmou em vários países nas últimas décadas, recebendo especial destaque e posterior adoção por parte dos doutrinadores e da jurisprudência, em países da civil law e da common law.

A comprovar esta expansão vimos surgir na Alemanha, em 1958, o importante caso Lüth, construído através do trabalho jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reformulou sentença proferida em instância inferior, em prol da eficácia do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão, sob a justificativa de que esse direito deveria pautar toda a interpretação do código civil. Construiu de maneira bastante sofisticada inclusive a possibilidade de vinculação dos Direitos Fundamentais às relações horizontais entre particulares.

A partir de então o fenômeno da constitucionalização ganhou força passando a influenciar a hermenêutica constitucional “impregnando” os mais variados ordenamentos jurídicos, tornando o diploma constitucional um texto invasivo e extremamente expansivo. Fenômeno semelhante ao alemão alcançou também a constituições dos países Ibéricos - Constituição Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978. Chegou à península Itálica em 1960 e posteriormente à França, como um processo de constitucionalização mais tardio, consoante nos relata Louis Favoreu, doutrinador que cuidou do processo de constitucionalização francês de maneira bastante detalhada.

2.2 UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA: A ERA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

É importante refletir sobre o momento histórico no qual emerge a locução: Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, enquanto teoria inovadora para o Direito Constitucional. Em verdade trata-se de um fenômeno recente da dogmática constitucional dos países ocidentais.

De forma geral, costumamos identificar o fenômeno da Constitucionalização do Direito com o momento de apogeu do Estado Social, quando suas constituições buscaram a superação dos limites impostos pelo ideário liberal que as restringiam à organização do Estado e ao estabelecimento do rol de Direitos Fundamentais para implementar um novo constitucionalismo, capaz de assumir compromissos com a redistribuição de rendas e uma maior intervenção através de constituições dirigentes. Esta nova proposta constitucional implicaria também em uma intervenção em grande parte dos aspectos da vida jurídica dos cidadãos. Desta maneira, a Constitucionalização do Direito estaria próxima do ideal proposto pelo Welfare State, especialmente quando através do fenômeno da irradiação dos valores constitucionais estivesse efetivando justiça e inclusão social.

Entretanto, quando nos detemos a observar com maior cautela algumas características do Estado Providência, constatamos, já em primeiro plano um paradigma de Estado com particularidades bem distintas do que seria apropriado ao desenvolvimento e afirmação do fenômeno da Constitucionalização dos Direitos. O Estado Social, por exemplo, sempre se notabilizou pelo protagonismo do Poder Executivo e de uma regulação excessiva necessária à realização de suas atribuições intervencionistas na ordem econômica e social. Ora, essa imensa produção de normas, até por vezes desconexas, foram criadas com a finalidade de desenvolver e tornar aplicáveis as proposituras de uma constituição dirigente, através do processo de integração legislativa. Certamente tais características estariam mais apropriadas

a um arcabouço jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia a conferir validade a toda essa regulação.

Por outro lado, a proposta da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais emerge com o protagonismo do Poder Judiciário. Trata-se de uma atividade preponderantemente jurisdicional, onde a nova hermenêutica constitucional, na medida em que propõe uma aproximação entre o Direito e a Moral legítima e confere aos seus atores (magistrados) uma margem de discricionariedade perigosamente ampla e sempre sob a justificativa de que caberia ao interprete do Direito Constitucional promover e garantir o compromisso das normas constitucionais de Direitos Fundamentais (POZZOLO, 2006).

Quer portanto nos parecer um equívoco a identidade pretendida entre Estado Social e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais. Há um lapso ideológico evidente. Desta forma, não é sem razão que as teorias desenvolvidas pelo neoconstitucionalismo, através do fenômeno da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais ganham relevância em momento posterior à crise do Estado de Bem Estar Social, período em que este já promoveu devidamente a sua desregulação de modo a fazer frente às novas demandas da econômica mundial.

Neste sentido, há ainda um outro aspecto a ser refletido: o período em que se instaura a crise do Welfare State e sua desregulação corresponde também, “et pour cause”, à crise da econômica mundial, que se evidencia nos finais dos anos setenta. Verificamos, a partir de então a rearticulação da economia em outras bases, promovendo o que se convencionou chamar de **globalização econômica**. É especialmente nesse cenário que presenciamos em sede do Estado Social a reafirmação progressiva do modelo liberal, quer seja realizando reformas tributárias, liberalizando o comércio, promovendo a liberalização financeira, etc; para além das privatizações e da desregulação (TEUBNER, 1987).

Assim, se é verdadeiro afirmar que o processo de Constitucionalização do Direito teve a sua origem ainda no Estado Social, também é necessário entender que o período onde ele realmente se afirma e ganha notoriedade corresponde ao momento de reformulação do paradigma estatal em bases liberais.

Portanto, quando nos atemos aos argumentos levantados, encontramos elementos para concluir que, o fenômeno da desregulação transformou-se em fator relevante à utilização dos princípios constitucionais na atividade jurisdicional, devido sobretudo a sua flexibilidade e abrangência, em momentos de ausência de regulação específica.

De outra parte, com a desarticulação do Estado Social, as políticas públicas implementadas em diferentes modelos de Social Democracia, que eram estruturadas na proposta de redistribuição de renda, foram substituídas por outras demandas que priorizaram novos valores sociais, os então denominados “pós-materialistas” que pleitearam, para além do respeito à diversidade, qualidade de vida, ecologia, lazer, etc. Este descompasso entre o valor redistribuição de rendas que fundamentava o Estado Social qual seja: a diminuição das desigualdades sociais de natureza econômica e as novas necessidades sociais, promoveu um impacto de ordem cultural e sociológica que também contribuiu para a crise dos Estados de

Bem Estar Social. Em contrapartida, fez proliferar inúmeros conflitos, que foram carreados ao Judiciário em face de um Poder Executivo erodido, já sem a mesma credibilidade.

Mais uma vez a Constitucionalização do Direito mostrou-se bastante adequada à pacificação social quando utilizou recurso da hermenêutica pós-positivista e aproximou o Direito à Moral. Com esses recursos garantiu aos magistrados ampla discricionariedade para o enfrentamento dos conflitos sociais nesta nova fase.

Observamos portanto que a identidade propagada entre Estado Social e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais não pode ser aceita sem algum questionamento. Há que se ter o cuidado necessário nessa afirmação porque, embora o Estado Providência tenha aberto caminhos à construção de novas teorias para o Direito Constitucional, certamente mais voltadas à realização de justiça social, a Constitucionalização do Direito apresenta qualidades distintas, mais apropriadas ao momento de retomada do ideário liberal, quando a proposta central foi a busca da eficiência necessária; e a construção de fórmulas procedimentais para a solução rápida de enorme gama de conflitos, com peculiaridades distintas e alto grau de sofisticação.

2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL?

A partir do momento em que se inicia o estudo sobre a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, tema tão evocado na atualidade, algumas dúvidas emergem já em primeiro plano: a) há realmente uma distinção substancial entre Supremacia da Constituição e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais para a teoria Constitucional?; ou ainda b) Sendo a Constituição dotada de supremacia, não deveria ela sempre promover a irradiação de seus preceitos normativos a todo ordenamento jurídico? Qual inovação que esta teoria propõe?

Em que pese fazer sentido essas indagações e ainda sem pretendermos esgotar o tema, gostaríamos de apresentar algumas reflexões.

O papel relevante das constituições estatais remonta à construção do Estado Moderno e já se evidencia a partir do século XVIII. Erigida pelo paradigma Liberal Clássico, as constituições já ofereciam elementos necessários para a afirmação do segmento burguês frente a Monarquia Absolutista, quer oferecendo limites ao exercício do poder estatal, quer apresentando o rol de Direitos Fundamentais que identificavam os valores e a ética que pretendiam atemporais e deveriam ser respeitadas portanto pelos governantes.

Assim, com imenso prestígio jurídico e político, as constituições serviram como referencial máximo para os Estados Modernos, conferindo-lhes estrutura, validade, para além de se constituir em fonte legitimadora do exercício do seu poder.

Entretanto, apesar de toda a importância de que sempre foram revestidas, no tocante a sua força normativa e eficácia jurídica, sempre houve inúmeras controvérsias.

Basta que nos lembremos da célebre polêmica que se travou sobre a Força Normativa da Constituição entre Ferdinand Lassalle (1862) e Konrad Hesse (1959). Nesta oportunidade Ferdinand Lassalle, ainda que, com as melhores intenções buscando garantir maior

participação do povo, apresenta as suas dúvidas quanto a natureza jurídica da matéria constitucional e sua força normativa, afirmação essa só contestada de forma consistente por Konrad Hesse muito tempo depois.

Ainda no Brasil, em momento imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 88, inúmeros debates sobre a aplicabilidade e a eficácia jurídica das normas constitucionais ocorreram entre doutrinadores, nas academias e por vezes ocuparam a mídia.

O debate centrava-se na discussão sobre a aplicabilidade de certas normas constitucionais e sua vocação para produzir os efeitos jurídicos descritos em seus enunciados. A dúvida recaía principalmente sobre a aplicabilidade e eficácia jurídica de normas constitucionais com disposição mais abrangentes, como por exemplo os princípios e as normas que estabeleciam diretrizes a serem implementadas pelos governantes: as normas programáticas. Para o esclarecimento dessas questões muitos contribuíram as construções teóricas de Silva (2004) sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais.

Em que pese as intenções políticas que cercaram o debate sobre sua aplicabilidade (por exemplo, o engessamento da Constituição de 88) e que de resto sempre permearam polêmicas desta natureza, o que entendemos relevante demonstrar é que, muito embora a Supremacia da Constituição tenha sido defendida pela dogmática constitucional, a Força Normativa da Constituição em verdade sempre foi colocada à prova, em momentos de ebulição política.

De qualquer maneira, a Supremacia da Constituição afirma-se definitivamente com as teorias interpretativas de Kelsen (1998) e suas considerações sobre a disposição hierárquica do ordenamento jurídico.

Kelsen, quando apõe a norma constitucional no ápice do ordenamento jurídico e a ela reserva a atribuição de conferir validade a toda norma legal, desde que confeccionada consoante dispositivos constitucionais, em verdade esta propondo a separação entre Direito e Moral.

Assim, nenhuma norma do ordenamento jurídico seria avaliada ou mesmo validade pelo seu teor moral. A validade de uma norma estaria unicamente determinada pelo respeito às disposições da Constituição.

Certamente a Constituição deveria espelhar em termos de Direito Positivo uma racionalidade originada a partir dos valores hegemônicos da sociedade, entretanto para Kelsen estas considerações morais não deveriam servir para a avaliação de uma norma em termos jurídicos.

Embora não seja nosso objetivo para o momento promover uma abordagem aprofundada sobre as teorias de Kelsen, o que gostaríamos de pontuar é a separação entre Direito e Moral, desenhada por Kelsen como um elemento importante para entender as distinções entre Supremacia da Constituição e Constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

Trata-se a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais de um fenômeno muito mais abrangente onde, o que se observa é a preponderância do efeito expansivo das normas constitucionais ao longo das últimas décadas.

Tal difusão centra-se sobretudo na matéria constitucional mas, de forma inovadora, abarca também o seu conteúdo axiológico, propugnando por uma reaproximação entre Direito e Moral, operando com maior amplitude, e de forma distinta por todo o ordenamento jurídico (DWORKIN, 2010).

Tamanha é a dimensão dessa irradiação que teóricos tais como defendem a possibilidade de que os valores constitucionais possam condicionar diretamente a validade ou corrigir o sentido de todas as normas infraconstitucionais.

Verifica-se portanto, uma diferença substancial entre Supremacia da Constituição, enquanto um fenómeno marcado pelo positivismo jurídico, na medida em que, a finalidade e o sentido da norma são mantidos e respeitados, uma vez que o dispositivo pertença ao ordenamento jurídico.

A Constitucionalização do Direito, em contrapartida tende a aceitar a alteração e a validade da norma, consoante a irradiação dos princípios constitucionais, ainda que se trate de norma válida, ainda não declarada inconstitucional. Esta tarefa seria primordialmente atividade jurisdicional. Desta forma, constata-se portanto, que a última palavra sobre o sentido e validade do enunciado da lei pertence ao Poder Judiciário (POZZOLO, 2006, p. 119).

Questão controvertida que merece ser observada, no que toca o inquestionável protagonismo do Judiciário, em sede da Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, refere-se à legitimidade do mesmo para tal empreitada. A interpretação moral da Constituição conforme esta novel forma de interpretação constitucional (conhecida como neoconstitucionalismo) propõe para a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais que o Poder Judiciário assumira responsabilidades no sentido de contrabalancear as escolhas políticas do Poder Legislativo (POZZOLO, 2006), com vistas à neutralizar decisões que mesmo consentâneas com a vontade da maioria e erigidas dentro de preceitos de uma democracia constitucional representativa, sejam consideradas tirânicas e promovam a exclusão de algum setor social minoritário.

O que é importante dizer entretanto é que não se pode assegurar com certeza o sucesso desta tarefa sob o ponto de vista social. O fato de haver possibilidade de correção nas decisões legislativas injustas pelo Judiciário, não garante absolutamente que o contrário não venha ocorrer, especialmente quando em presença de uma sociedade contemporânea fragmentada em partidos políticos, igrejas, religiões distintas e movimentos sociais emancipatórios, com diferentes concepções de justiça.

De outra parte, teríamos um enorme risco de promover um “governo de juízes” (POZZOLO, 2006, p. 100) que, mau ou bem intencionados, sábios ou não, teriam a “accountability” de suas decisões, até porque não foram eleitos, nem são sujeitos delegados pelos cidadãos a fazerem escolhas políticas. Por outro lado, a autodeterminação dos indivíduos em sociedade e o exercício de sua cidadania ativa e passiva nas decisões em sociedade estaria largamente comprometida.

Em que pese os desvios da maioria quando constrói uma racionalidade excludente, (e toda a racionalidade o é em maior ou menor medida) ou produz uma lei injusta, a

Liberdade e a autodeterminação política são valores fundamentais erigidos nas Constituições ocidentais. Assim, a liberdade de construir hierarquias axiológicas ou substituí-las por outras mais adequadas não pode ser desconsiderada. Esta pertence aos cidadãos, representados por seus delegados no exercício do Poder Legislativo. Não podemos supor de antemão uma superioridade moral do juiz em relação às escolhas do legislador (POZZOLO, 2006, p. 101).

É certo que, ao oferecermos críticas ao viés neoconstitucionalista da Constitucionalização do Direito não estamos de forma alguma, propugnando pelo retorno do positivismo legalista, porque seria um retrocesso, ou mesmo à retomada de um Jusnaturalismo que entendemos anacrônico. O que não é possível entretanto é admitir que se proceda, através de uma jurisdição com poderes discricionários quase ilimitados, a desnaturação do Direito positivado, através de uma interpretação subjetiva, sob a justificativa de que a decisão seria fruto da irradiação do conteúdo moral supostamente contido em Direito Fundamental.

2.4 INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA SUBSTANCIAL: A PROPOSTA DE UM DIREITO MALEÁVEL: CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais emerge num contexto político, social, histórico, científico e sobretudo filosófico que ficou conhecido como era da Pós-Modernidade, evidenciando desde o início uma crítica ao Positivismo Jurídico então estabelecido.

Em verdade é preciso salientar que a Pós-Modernidade representou uma busca de superação das ideologias afirmadas na Modernidade, com repercussões que abrangeram, como já afirmamos, diferentes áreas do conhecimento humano. Do ponto de vista da Filosofia, observamos a formulação de críticas às concepções sobre o mito da Verdade Absoluta originadas na Modernidade, reconhecendo a Verdade como um construto da mente humana, elaborada pela racionalidade humana (RORTY, 2007, p. 28-38).

Por outro lado, a atividade descritiva sobre a Verdade ganha extrema relevância, através do discurso e da linguagem, sobretudo porque é justamente através da descrição sobre o mundo e sobre as coisas que a racionalidade humana é constituída e comunicada, podendo ser falsa ou verdadeira, como afirma Rorty (2007).

Consoante essas novas concepções, já se pode concluir e até mesmo legitimar a ampliação da margem de subjetividade e discricionariedade conferida ao interprete do direito em geral, e em especial à atividade jurisdicional, na medida em que ficou definitivamente desacreditada qualquer possibilidade de neutralidade na atividade hermenêutica. Também certamente ganha relevância crescente o discurso argumentativo, para convencer e mais uma vez legitimar a decisão proferida.

Na esteira dessas transformações a hermenêutica jurídica aproximou-se também da filosofia da linguagem (NADER 2010, p. 128) utilizando-se ainda do recurso da semiótica (NADER, 2010, p. 127) com vistas à construção de técnicas argumentativas a serem utilizadas pelos magistrados ou pelos cidadãos, no exercício do “agir comunicativo”, como propõe Habermas (2010).

A Constitucionalização do Direito pressupõe ainda a existência de uma especificidade na interpretação da Constituição, em comparação com as demais normas do ordenamento jurídico. Neste sentido, afirma Guastini (1996) que interpretar a Constituição é considerar a peculiaridade do próprio texto Constitucional, em termos comparativos a uma lei infraconstitucional ordinária. A Constituição deve portanto estabelecer uma “ponte” entre o discurso jurídico, contido no seu enunciado e o discurso moral contido nos dispositivos constitucionais de Direitos Fundamentais. Naturalmente este argumento deriva da perspectiva da reconciliação do Direito com a Moral, proposta que adquire relevância na crítica formulada ao positivismo. Deste forma, interpretar a Constituição implica atribuir significado às normas constitucionais, preponderantemente aos princípios de Direitos Fundamentais. Assim, a Constituição sendo um diploma com características específicas, em face da presença dos Direitos Fundamentais deveria merecer uma interpretação distinta. (GUASTINI, 1996)

Há autores ainda como Nino (1994) que propõem, por parte do interprete que este realize o procedimento hermenêutico baseando-se no confronto entre a “Constituição real” com a “Constituição ideal” interpretando a primeira (Constituição real) através da irradiação de valores derivados da segunda (Constituição ideal).

Observamos portanto que, a interpretação moral da Constituição, erigida nas teses que propõem a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais contrapõem-se frontalmente às interpretações que se restringem à literalidade dos dispositivos constitucionais. Estas últimas teriam maior afinidade com a hermenêutica positivista que partiria de um modelo constitucional do tipo descritivo, consoante nos ensina Guastini (1996).

A justificativa legitimadora, para a interpretação moral da Constituição seria, como já afirmamos anteriormente, a busca por uma justiça substancial, considerando-se que deveríamos estar sempre em presença de um “bom juiz” (ZAGREBELSKY, 1999), a caminhar no sentido de uma decisão mais apropriada, capaz de promover a necessária inclusão social.

Na esteira das teses antipositivistas ressaltamos Zagrebelsky (1999) e sua proposta de que o Direito seja considerado uma “unidade dúctil” ou seja: um direito maleável ao seu interprete, corroborando com a dualidade já afirmada entre “Constituição real” e “Constituição ideal”.

As críticas ao positivismo jurídico quando propõe uma aproximação entre Direito e Moral, numa perspectiva de construir e realizar justiça substancial apontam em seus argumentos a necessidade de um instrumental jurídico capaz de fazer frente aos conflitos sociais contemporâneos, marcados pela diversidade de concepções de justiça, cuja decisão traria profundas repercussões éticas para a sociedade. Assim, uma separação entre Direito e Moral inviabilizaria os próprios instrumentos jurídicos e a ação jurisdicional nos dias atuais (POZZOLO, 2006)

Entretanto, é justamente em presença e tanta diversidade de concepções sobre o que é justo e adequado e de discordância sobre o que é “bom” ou “mau” em uma sociedade fragmentada, o que nos leva a perguntar: Como formular uma tese moral capaz de promover

justiça substancial e ainda pacificar a sociedade? Qualquer escolha valorativa, para além do risco de ser autoritária, poderia reverberar em crise.

De qualquer forma autores antipositivistas que propugnam por um direito “constitucionalmente dúctil” tais, como Zagrebelsky (1999), descartam definitivamente as técnicas adotadas pelo positivismo tradicional, entre elas o método dedutivo da subsunção. Para estes teóricos, o Direito Constitucional deve ser interpretado através de um instrumental mais maleável e flexível.

Ainda sobre princípios ressalta Dworkin (2010) que estes são normas formuladas por meio de uma linguagem genérica e que seu campo de atuação frequentemente se sobrepõe promovendo antinomias. Aprofundando o tema observa que a técnica de ponderação de princípios, utilizada para os conflitos de normas representa não apenas uma técnica interpretativa, mas sobretudo uma técnica de aplicação, através da qual o interprete deve buscar a construção da melhor relação entre os princípios possível, através da utilização de argumentos morais (POZZOLO, 2006).

Quanto à ponderação de princípios esclarece (POZZOLO, 2006) que poderá obedecer à técnicas distintas, quer utilizando-se da proporcionalidade ou da equidade, ou ainda propondo a otimização de princípios (ALEXY, 2008) sempre dependendo, a escolha de critérios, das considerações que se queria dar ao caso concreto. Desta forma, haveria na grande maioria das decisões a possibilidade de uma solução particularista, dependendo do caso em tela e do contexto no qual ele se insere.

A este respeito observamos também as ponderações de Guastini (2005). Para ele, a ponderação daria lugar a uma hierarquia axiológica mutável caso a caso. Atribuir um zero peso a cada princípio em sobreposição, consoante o caso concreto, estabeleceria uma relação de prevalência entre eles (uma hierarquia axiológica), válida exclusivamente para o caso em questão, o que tornaria inviável a construção de uma tese moral válida “erga omnes”.

Assim, observando as ponderações de diferentes autores sobre as reais possibilidades e inclusive sobre os riscos da interpretação moral da Constituição, concluímos que a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais, na medida em que trilha este caminho, promovendo a aproximação entre Direito e Moral pode contribuir, em muito para a realização da justiça material necessária. Entretanto, verificamos que também procede o entendimento de que, ampliando em demasia a discricionariedade do interprete na atividade jurisdicional, poderiam ocorrer comprometimentos à segurança jurídica e à implementação de uma decisão justa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares a los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BURDEAU, Georges. *Les Libertés Publiques*. Paris: Auzias, 1972.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. La constitutionalisation du droit. In ABY, Jean-Bernard et al. *L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Specificità dell'interpretazione costituzionale? Distinguendo*. Torino: Giannipichelli, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Das partes as normas*. São Paulo: Quartier latin, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27. p. 33-44, abr./jun. 1999.

MORESO, José Juan. *Diritti e giustizia procedurale imperdetta*. Ragion pratica, 1998.

MOUFFE, Chantal. *El retorno del politico*. Barcelo: Paidós Ibérica, 1999.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y politica*. Barcelona: Ariel, 1994.

NARANJO DELACRUZ, Rafael, Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe. Madri: *Boletia Oficial del Estado*, Centro de Esudios Politicos y Constitucionales, 2000.

POZZOLO, Susanna. *Neocontituzionnalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSANVALON, Pierre. *La crise de L'état providence*. Aris: Sevil, 1985.

SAND, Inger Johanne. *Changing forms of governance and the role of law: society and its law*. Oslo: Arena Working Papers, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito. Os Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In. ROCHA, Leonel, Severo; STRECK, Lênio (orgs). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WILLKE, Helmut. The tragedy of the State: prolegomena to a theory a state in polycentric society. In ARSP. *Archiv jur rechts und sozial philosophie*. Stuttgart, v. 82, 1986

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derecho y justicia*. Madri: Trota, 1999.

CAPÍTULO III

O estado-nação e o desenvolvimento como direito fundamental

*Matheus Felipe de Castro
Riva Sobrado de Freitas*

INTRODUÇÃO

O Presente artigo tem por tema o Direito Fundamental ao Desenvolvimento, previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas e no inciso II, do artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que o previu em sua “cláusula transformadora”, reconhecendo o seu valor estruturante para a nova democracia nascente no Pós-Ditadura.

A sua delimitação é fornecida pelas novas concepções que vem constituindo o corpo teórico do chamado *Novo Desenvolvimentismo*, movimento que partindo das concepções estruturais do velho desenvolvimentismo nacionalista latino-americano, o supera e o adapta à nova realidade internacional de um mundo multipolar, globalizado e fundado no livre comércio entre nações desiguais, ou seja, nações localizadas em posições assimétricas de poderio econômico, político e militar mundializado.

O problema do escrito girou em torno da pergunta sobre o papel do Estado para o *Novo Desenvolvimentismo*, após a sua ampla deslegitimação como agente competente para a direção política do desenvolvimento operada pelas teorias do neoliberalismo, que se tornaram preponderantes a partir da década de 1990, após a Queda do Muro de Berlim e o fim da URSS, mas que já vinha sendo gestadas nos EUA e no Reino Unido desde a década de 1970 e, principalmente, com os governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher nas nações centrais respectivas.

A pesquisa teve como referencial teórico a Filosofia da Práxis, com importantes aportes na teoria do desenvolvimento fomentada pela CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, principalmente no pensamento do economista brasileiro Celso Furtado. O Método de abordagem foi o analítico-sintético, mas optou-se pela exposição em forma dedutiva.

3.1 A CRISE ECONÔMICA E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO

Os Estados Nacionais ainda parecem ser entidades importantes na constituição, desenvolvimento e reprodução do Modo Capitalista de Produção em nível mundial e local, não podendo ser dispensados como outrora se sustentou pelas teorias neoliberais, dentre as quais as de Friedrich Von Hayek (1985) e Milton Friedman (1985), ocupam lugares de destaque. A crise econômica que se iniciou nos mercados norte-americanos, a partir do estouro da bolha especulativa do *sub prime* e que se espalhou rapidamente pela zona do Euro, recolocou os Estados Nacionais no seu velho lugar de estruturas responsáveis pela manutenção das condições gerais da reprodução da forma-mercadoria, ou seja, aquilo que Claus Offe e Volker Ronge chamaram de criação das condições segundo as quais “cada cidadão é incluso nas relações de troca” (1984, p. 125), ao serem chamados a salvar o Capitalismo, injetando, via Bancos Centrais, gigantescas somas de dinheiro nas economias abaladas pela crise.

Sim, para além dos discursos deslegitimantes do Estado, o fato é que eles são sempre chamados a salvar o Capitalismo quando ele é colocado em cheque por suas próprias

crises sistêmicas. Adotando uma forma mais liberal ou mais intervencionista, todos os Estados são chamados a interferir no terreno econômico, seja em tempos de calmaria, seja em tempos de crise efetiva. A questão fundamental talvez seja “como” esses Estados podem intervir e o grau dessa intervenção. Se serão chamados a atuar na qualidade de emprestadores de última instância (*Lender of last resort*) salvando a iniciativa privada nos momentos de crise, ou se tornarão *Political Developers* (Estados desenvolvimentistas ou indutores do desenvolvimento), atuando permanentemente, mediante políticas de valorização do fator trabalho (*Employer of last resort*), visando a construção de uma sociedade de pleno emprego e bem-estar.

No entanto, o próprio conceito de desenvolvimento como pensado e propagado pelos países do centro está em descrédito. A imposição dos padrões de consumo da Europa e EUA (o *American way of life*) aos países da periferia do Capitalismo tem se mostrado problemática, porque tem levado à destruição sistemática do planeta e de seus recursos naturais.

A apropriação sem limites de bens materiais como forma de medição do bem-estar (*consumismo*) é um critério perigoso porque reduz o desenvolvimento a uma questão meramente econômica, ocultando deliberadamente os seus aspectos mais importantes (o Desenvolvimento é um processo de transformação das estruturas e relações políticas, sociais, econômicas, tecnológicas, culturais, ideológicas e internacionais que alteram qualitativamente as *relações de poder* numa formação social determinada), prescindindo da cidadania, da participação ativa no poder, do meio-ambiente equilibrado, do acesso aos bens públicos fundamentais como serviços de saúde, educação, cultura, lazer, transporte, nutrição, bem-estar psíquico, água, saneamento ambiental, dentre tantos outros direitos fundamentais. A economia não pode deixar de estar a serviço da política, do bem-estar da população, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não à toa, o PNUD - Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento vem acompanhando experiências que buscam medir o desenvolvimento nacional sob critérios diversos daqueles impostos pelos países capitalistas centrais, como é o caso do conceito de *Bem viver*, categoria central da filosofia de vida dos povos andinos, especialmente da Bolívia e da experiência do Butão, onde desde os anos 1970 se construiu o conceito de *Felicidade Interna Bruta*, que parte do pressuposto que a produção deve estar subordinada à realização dos direitos humanos, da cultura, do meio-ambiente, da boa-governança, etc. (Bava, 2009, p. 03).

Outro critério bastante difundido é o do IDH - Índice de Desenvolvimento Humano, idealizado pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, e que vem sendo usado desde 1993, também no âmbito do PNUD, em seu relatório anual, com o fim declarado de “Desviar o foco do desenvolvimento da economia e da contabilidade de renda nacional para políticas centradas em pessoas” (UL HAQ, 1995).

O que está em jogo é a criação de um novo conteúdo para o desenvolvimento, que possa dar conta de realizar o bem-estar coletivo por vias alternativas ao modelo econômico tradicional do Capitalismo central, fundado na exploração máxima do trabalho/valorização máxima do capital, com concentração de renda social, subordinação dos países periféricos

(e de seus povos) a condições humilhantes de exploração colonial e subserviência, consumo em massa de bens desnecessários, destruição sistemática da natureza e utilização predatória dos recursos naturais como fontes energéticas fundadas na queima do carbono.

O desenvolvimento tem se mostrado possível por vias alternativas, que recuperem o sentido principal da essência humana, que é o bem viver em sociedade (*solidariedade*) e a política como forma mais avançada do relacionamento social, com vistas à construção de uma *sociedade sustentável*, para além das velhas formas do consumismo que vem se mostrando esgotadas diante da nova realidade das nações em desenvolvimento.

Diante dessas constatações, vem surgindo no Brasil o debate em torno de um novo modelo de desenvolvimento, significativamente diferente dos anteriormente executados em nossa história. Como sabemos, o Brasil iniciou sua Revolução Industrial, que retirou o país de uma condição pré-capitalista (agrário-exportadora) para outra, capitalista industrial, de produção medianamente avançada, a partir de um fato político fundamental: a Revolução de 1930.

Desde então, com avanços e revezes, esteve em jogo a orientação política de projetos de desenvolvimento que, com nuances, variaram entre as posições extremas da manutenção geoeconômica do Brasil como fornecedor periférico de bens primários para as nações do centro do Capitalismo mundial (inserção liberal-periférica, como pensada na *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo) e, outras, que apregoavam o rompimento dos laços de dependência, com superação da condição periférica nacional e constituição de um moderno sistema econômico fundado em avançadas relações capitalistas de produção e emprego de alta tecnologia.

No entanto, embora na teoria isso fosse uma proposição, nenhuma das experiências reais teve como princípio a *distribuição da renda nacional* para a grande massa do povo brasileiro. Celso Furtado, às vésperas do Golpe Militar de 1964, sentenciava que o desenvolvimento que o Brasil havia conhecido nos decênios anteriores em nada modificara as condições de vida de três-quartas partes da população do país, tendo como principal característica uma crescente concentração social e geográfica de renda (1962, p. 14).

Invariavelmente, antes e depois do Golpe de 1964, as nossas experiências de desenvolvimento se guiaram pela lógica do arrocho, com superexploração do fator trabalho em benefício do fator capital, sem qualquer equilíbrio possível nessa relação. Significativo disso era o discurso do “Milagre”, em torno de um “bolo” que cresceria até o ponto de ser repartido, o que nunca foi vivenciado pelo povo brasileiro.

Ora, a partir dessa constatação, pode-se afirmar que não existe “um desenvolvimento”, mas vários possíveis. Existem processos que alteram qualitativamente a vida política, social e econômica das nações e das pessoas, com melhorias reais em suas vidas (desenvolvimento em sentido próprio) e existem processos que acumulam capital para uma das partes envolvidas, sem qualquer política de redistribuição de renda, pressionando, portanto, pela miserabilização de grandes segmentos sociais, o que se aproxima muito mais de um mero crescimento quantitativo, com manutenção do *establishment* social. Essa última é, inclusive, uma das teses fundamentais da ortodoxia neoclássica, que sempre sustentou que

os países em desenvolvimento deveriam crescer com concentração de renda, ou seja, com a renda dos salários crescendo abaixo da produtividade do capital, como forma de forçar poupança de reinvestimento.

Existem, portanto, duas formas teórico-ideais de o Estado garantir o desenvolvimento econômico: 1) pela via do arrocho, que aprofunda desigualdades, acumulando de um lado em detrimento de outro, sem redistribuição de renda e com Estado gendarme, que corta gastos do Estado de bem-estar para investir no sistema financeiro como prestador de última instância, tese defendida pela ortodoxia liberal; 2) pela via do aprofundamento do Estado de bem-estar (aquecimento das demandas), valorização do mercado interno, da qualidade de vida de todo o povo, com redistribuição da renda nacional, e consolidação de um verdadeiro Estado previdenciário, tese do desenvolvimentismo estruturalista latino-americano. O Brasil, transitando de um modelo ao outro, sempre manteve intacta a característica negativa da concentração de renda, o que só recentemente começou a ser mudado.

Em 1988, o povo brasileiro optou por um modelo de desenvolvimento que está inscrito na Constituição da República. Lá se encontram as diretrizes fundamentais de um avançado projeto político de desenvolvimento nacional, com natureza *normativa*, cuja grande especificidade é a constituição de uma sociedade de bem-estar, com pleno emprego, redistribuição de renda e melhorias reais nas condições de vida do povo brasileiro. Mas só recentemente se criaram condições objetivas e subjetivas para que aquele projeto pudesse sair do papel e enfrentar a vida real, obrando no sentido de superar as profundas *disparidades internas* e *vulnerabilidades externas* que assolam o país há séculos.

Assim sendo, vem surgindo no Brasil a discussão em torno de um *novo desenvolvimentismo*, que já se encontraria inscrito na Constituição de 1988, mas que somente agora vem tomando seus contornos mais precisos e que necessita ser aprofundado teórico e praticamente. O velho desenvolvimentismo, surgido no bojo da *Escola Estruturalista Latino-Americana*, é a base fundante de onde surge o novo desenvolvimentismo. O velho desenvolvimentismo ainda mantém seu vigor, sendo necessário, no entanto, revisitá-lo a partir da realidade presente de uma nação já medianamente desenvolvida e com um bloco no poder diferente daquele existente à época do início da industrialização brasileira.

O velho desenvolvimentismo foi uma teoria nascida no bojo de um velho modelo, que não existe mais. Mas suas hipóteses centrais ainda são aplicáveis à nossa realidade, porque ela ainda guarda em si características fundamentais preservadas daquele passado. O novo desenvolvimentismo tem buscado suprasumir-se no velho, dele guardando os preceitos fundamentais, mas adaptando-se a uma nova realidade de uma nova economia.

O Brasil, embora tenha sofrido profundas transformações políticas, sociais e econômicas, ainda não conseguiu superar a sua condição dependente e subdesenvolvida, localizando-se ainda numa posição periférica na divisão internacional do trabalho, o que pressiona para que mantenha e reproduza velhas vulnerabilidades externas e crônicas disparidades internas (Guimarães, 2005, p. 259).

Nesse passo, o novo desenvolvimentismo partirá do pressuposto que nações com as características da brasileira não poderão se desenvolver nos quadros da globalização sem a adoção de uma *estratégia nacional de desenvolvimento* muito bem definida, manejada pelo Estado, e que exerça pressões *anticíclicas* pela inserção soberana do Brasil no mundo.

Vários autores vêm se dedicando a organizar o pensamento neo-desenvolvimentista. Bresser e Gala, empreendendo um grande esforço de sistematização das teses do que chamaram “Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento” (2010, p. 668) e com base na obra já clássica de Bielschowsky (2000), conseguiram sistematizar as teses do velho desenvolvimentismo em algumas proposições centrais, analisando-as e concluindo quais delas ainda seriam válidas para a realidade brasileira, podendo integrar uma teoria do novo desenvolvimentismo. Partindo desses dois autores, apesar de acordos e desacordos que apontaremos na seqüência, teríamos um quadro inicial, de onde se pode extrair o seguinte:

Tendência à deterioração dos termos de intercâmbio. A tese demonstrou que nações produtoras primárias ou secundárias de baixo valor agregado precisariam cada vez mais produzir bens em quantidade para comprar cada vez menos bens primários de alto valor agregado produzidos nos grandes centros tecnológicos capitalistas, eis que os preços dos primeiros sempre se depreciam no mercado mundial, enquanto os preços dos segundos só se apreciam.

Evidentemente, por debaixo do jargão econômico, estaria implícita a constatação política de que as relações internacionais, sejam elas de ordem política ou econômica, seriam sempre assimétricas, ou seja, desiguais. Disso derivaria a necessidade de as nações subdesenvolvidas fundarem seu desenvolvimento na industrialização e inovação tecnológica, como forma de quebrar aquela relação de poder.

Sem inovação técnico-científica, os produtos de uma economia se depreciariam tendencialmente, empobrecendo a nação como um todo e mantendo os laços de dependência externa, eis que a renda nacional ficaria dependente da demanda e das flutuações cíclicas dos mercados externos. Disso se deduziria a necessidade de o Estado-nação intervir na economia, com a finalidade de realizar pressões que quebrem essa tendência, principalmente através do incentivo à produção científica e tecnológica.

Caráter estrutural do desenvolvimento. Para a ortodoxia neoclássica, o desenvolvimento se operaria através da anárquica combinação dos fatores de produção na livre concorrência. O Consenso de Washington declarava explicitamente que sua estratégia de desenvolvimento se fundava em cinco pressupostos de livre mercado: 1) a estabilidade de preços criaria condições para o cálculo econômico de longo prazo, estimulando o investimento privado; 2) a abertura comercial e a valorização cambial imporiam disciplina competitiva aos produtores domésticos, forçando-os a realizar ganhos substanciais de produtividade; 3) as privatizações e o investimento estrangeiro removeriam gargalos de oferta na indústria e na infra-estrutura, reduzindo custos e melhorando a eficiência; 4) a liberalização cambial, associada à previsibilidade quanto à evolução da taxa real de câmbio, atrairia a poupança externa, em escala suficiente para complementar o esforço de investimento doméstico e para financiar o déficit em conta corrente; 5) o desbordamento da renda e da riqueza, pro-

movida pelo novo dinamismo incitado pelos mercados e pela ação focalizada das políticas sociais, seria a forma mais eficaz de reduzir as desigualdades e eliminar a pobreza (BELLUZZO, 2009, p. 04).

Para o estruturalismo, pelo contrário, o desenvolvimento não seria anárquico, mas *estrutural*, descrevendo um conjunto coerente de relações estáveis entre elementos do todo (FURTADO, 2000, p. 41). Mediante a atuação consciente do Estado, a industrialização de setores estratégicos transferiria o fator trabalho para setores com produção de valor agregado mais elevado, o que justificaria as políticas de industrialização.

Papel central do Estado para o desenvolvimento. O Estado continuaria sendo a máxima esfera de definição dos destinos da nação, tendo papel estratégico na indução do desenvolvimento. Para além das teses sobre o fim do Estado, que tinham evidente conteúdo ideológico liberal, o cenário internacional apontaria para uma crescente multipolarização dos centros hegemônicos de poder e a constituição de blocos regionais que construiriam super-Estados (Nafta, União Européia, Mercosul, etc.).

Subdesenvolvimento como contrapartida do desenvolvimento. Para o pensamento estruturalista, o subdesenvolvimento não seria uma fase para se chegar ao desenvolvimento, mas uma *relação assimétrica de poder* que operaria desde o início do desenvolvimento do Capitalismo a partir da Europa.

Nações capitalistas centrais o seriam porque teriam construído a sua riqueza sobre a espoliação de nações periféricas. A condição fundamental para que continuem a ser centrais é que mantenham as periféricas na periferia, ou seja, mantenham suas condições primário-exportadoras ou produtoras de bens sem valor agregado. Também desse pressuposto decorreria a conclusão do papel central do Estado no rompimento dessa cadeia de poder.

Indústria infante legitimando proteção tarifária e substituição de importações. Embora a industrialização brasileira não esteja dando seus primeiros passos, uma política industrial estratégica de apoio principalmente àquelas empresas que atuam em setores considerados de interesse nacional e de grande potencial de empregabilidade formal, continuaria plenamente necessária.

Por outro lado, embora seja importante a consolidação de um forte setor empresarial orientado às exportações, com uso intensivo de tecnologia e grande potencial de agregação de valor, com a finalidade de empregar a abundante mão-de-obra disponível e gerar excedentes (*superávits*) comerciais para o país, o Estado deveria conceder especial atenção à consolidação definitiva dos mercados internos nacionais, mediante uma política de produção de bens que seriam consumidos domesticamente.

Tendência dos salários crescerem menos do que a produtividade devido à oferta ilimitada de mão-de-obra. Velho problema nacional, derivado em grande medida da ausência de uma reforma agrária ampla na história brasileira, teria se formado um “exército industrial de reserva” que pressiona para baixo o nível dos salários. Tratar-se-ia de uma das causas estruturais da insuficiência da demanda interna brasileira, o que pressionaria para a não consolidação do mercado interno. Uma ampla política de emprego levada a cabo por

um Estado que se constitua em *Employer of last resort* seria fundamental para gerar uma sociedade de pleno emprego num país como o Brasil.

Inflação estrutural. A tese da inflação estrutural teria sido superada no Brasil, eis que há muito o país conseguiu estabilizar a sua moeda, sob o jugo de medidas ortodoxas, a bem da verdade. De qualquer forma, a estabilidade monetária estaria sendo tratada como um dogma, quando na atualidade, outras preocupações rondam o cenário econômico: “a concorrência global nos manufaturados foi exacerbada pela rápida ampliação da capacidade na Ásia, sobretudo na China.

Se a isso se juntar uma desaceleração do crescimento norte-americano, as tendências da economia global serão, sem dúvida, deflacionárias” (Belluzzo, 2009, p. 05). Nesse passo, nada mais justificaria as políticas de superávits primários e taxas juros elevadas. O Banco Central brasileiro precisaria ampliar seus horizontes para novas agendas importantes para o desenvolvimento nacional, como administração da taxa de câmbio e emprego.

Necessidade de poupança externa. O Brasil não necessitaria de poupança externa para financiar seu desenvolvimento, embora não devesse adotar qualquer posição radicalmente contrária ao investimento *produtivo* externo. O financiamento interno seria fundamental para o rompimento dos laços de dependência externa e para a internalização dos centros de decisão econômica no país.

A taxa de câmbio como variável chave do desenvolvimento econômico. Embora essa não fosse uma tese inicial da escola estruturalista, os autores consideram que uma taxa de câmbio competitiva é fundamental para o desenvolvimento, porque coloca o mercado externo à disposição das empresas nacionais, estimulando os investimentos produtivos e aumentando a poupança interna.

Nesse passo, para eles, embora a taxa de câmbio devesse se manter flutuante, ela necessitaria ser administrada por meio de políticas implementadas pelo Estado com o fim de manter o equilíbrio da indústria nacional. Com base nessas considerações, chegar-se-ia ao seguinte quadro comparativo do novo desenvolvimentismo com o receituário da ortodoxia neoliberal que está sendo abandonada no Brasil e em várias partes da periferia capitalista:

Quadro 1 - Ortodoxia neoliberal e novo desenvolvimentismo.

Ortodoxia Convencional	Novo desenvolvimentismo
1. A nação não tem papel econômico.	1. A nação é o agente responsável pela definição de uma estratégia nacional de desenvolvimento.
2. As instituições fundamentais para o crescimento são a garantia dos direitos de propriedade e dos contratos.	2. A instituição chave para o crescimento é uma estratégia nacional de desenvolvimento.
3. Reformas devem reduzir o tamanho do Estado e desregular os mercados.	3. Reformas devem fortalecer o Estado e os mercados – estes devendo ser bem regulados.
4. O Estado não deve realizar política industrial, nem política de redistribuição.	4. Política industrial deve ser limitada e estratégica. Grande papel na distribuição da renda.
5. Não existem tendências estruturais a neutralizar.	5. Neutralizar tendência a sobre apreciação da moeda e a salários crescerem menos que a produtividade.
6. O crescimento deve ser financiado em boa medida por poupanças externas.	6. O crescimento deve se basear em poupança interna.
7. O Banco Central tem um único mandato: a inflação. Outros objetivos devem ser buscados pelo restante do governo.	7. O governo e o Banco Central têm três mandatos: a inflação, a taxa de câmbio e o emprego – os três essenciais para o desenvolvimento.
8. O padrão fiscal deve ser definido em termos de superávit primário.	8. O padrão fiscal deve ser definido de forma mais rigorosa em termos de déficit público e poupança pública.
9. A taxa de câmbio deve ser flutuante: não deve haver nem meta, nem política para a taxa de cambio.	9. A taxa de câmbio deve ser flutuante, mas administrada; o objetivo é a taxa de câmbio de equilíbrio industrial.
10. O Banco Central e o governo dispõem de um único mandato cada um: respectivamente a taxa de juros de curto prazo e a política fiscal.	10. O Banco Central e o governo podem, adicionalmente, comprar reservas, impor controles de capital etc.
11. Política de rendas não é necessária ou desejável.	11. Política de salário mínimo e de rendas deve contribuir para que salários cresçam com a produtividade.

Fonte: Bresser e Gala (2010, p. 681-683).

Embora o quadro acima represente uma excelente aproximação teórica ao novo desenvolvimentismo, as proposições de natureza *tática* elencadas pelos autores não são livres de críticas. Uma *estratégia* de desenvolvimento (constitucionalmente adotada) é realizada mediante movimentos instrumentais que não podem ser fixados “a priori” de forma rigorosa. Questões como as descritas nos pontos 4 (política industrial *limitada*), 8 (padrão fiscal definido de forma rigorosa em termos de *déficit público*) e 9 (taxa de câmbio *flutuante*) não podem ser adremente fixadas, devendo ser utilizadas com flexibilidade pelo Estado desenvolvimentista, sob pena de se criar engessamentos que dificultam a realização do plano, como ocorre, por exemplo com a atual política de manutenção de elevados superávits primários e elevadas taxas de juros, que acabam sendo tratadas de forma dogmática.

3.2 O PAPEL DO ESTADO PARA O NOVO DESENVOLVIMENTISMO

O regime econômico no qual atua o novo Estado desenvolvimentista é o *Capitalismo funcionalizado*, onde as esferas do político e do econômico são tratadas de forma unificada, estando a economia subordinada aos critérios definidos pela democracia e a política atuando em função da realização de uma economia deliberada como projeto. Verifica-se, ainda, uma profunda sinergia entre os investimentos públicos, capitaneados pelas empresas estatais, e os privados, induzidos ao “movimento” pelos primeiros, eis que um volume elevado de investimentos estatais em infra-estrutura sempre foi crucial para a formação da taxa de crescimento econômico nas economias capitalistas do pós-guerra (BELLUZZO, 2009, p. 05).

Nele, o Estado exerce o papel do “empresário inovador” schumpeteriano, ou seja, agente de indução do desenvolvimento (*Political developer*), mediante fomento a novas combinações dos fatores de produção (capital/trabalho/crédito), inovação tecnológica e idealização/execução de planos econômicos que apostam “no poder indutor do governo de acender o ‘espírito animal’ do empresariado” (NETTO, 2007, p. 19).

O “Capitalista Coletivo Ideal” (Estado desenvolvimentista) é o *agente* principal do Capitalismo de Estado, que diante das frequentes débâcles do liberalismo vai se tornando uma necessidade nas economias contemporâneas, marcadas pela superação da economia concorrencial (de apropriação *individual*) em prol da economia oligopolista (exercida de forma *social* no interior das sociedades anônimas ou corporações), principalmente naquelas saídas das entranhas do colonialismo e que se constituíram e mantêm como de economia reflexa à do Centro.

Engels havia reconhecido essa necessidade quando afirmava que a evolução centralizadora/concentradora do capital rumo aos monopólios, em associação com a agudização dos conflitos sociais sob o regime capitalista, colocava cada vez mais em xeque a sua permanência histórica, obrigando o Estado a assumir funções de administração das condições gerais da reprodução econômica do capital, inclusive mediante sua inserção na produção na qualidade de “empresário capitalista”, constituindo-se em “Capitalista Coletivo Ideal”, ou seja, em órgão centralizador daquela porção da propriedade comum a todos os capitalistas e que exerce a função necessária de regular todo o sistema, inclusive contra a vontade particular dos capitalistas isolados (ENGELS, s/d, p. 330).

Não só o pensamento marxista constatou a necessidade da intervenção estatal para a administração do capital nas sociedades dominadas por este modo de produção. Keynes, por exemplo, diante da verificação empírica da inoperabilidade do *laissez faire* - que ele identificava não como “decorrente de fatos reais, mas de uma hipótese incompleta formulada para fins de simplificação” - para equilibrar uma economia de concorrência imperfeita, também via no Estado um aparelho central para o “controle deliberado da moeda e do crédito”, com o fim de regular os “males” gerados pela desregulação econômica, criando uma situação ideal de *pleno emprego* dos fatores da produção (1983, p. 117).

Para ele, os principais defeitos da sociedade econômica marcada pelo liberalismo seriam a sua “incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a sua arbitrária e desigual

distribuição da riqueza e das rendas”, sendo que o Estado cumpriria exatamente o papel de executar “medidas destinadas a redistribuir a renda no sentido de aumentar a propensão a consumir” (1988, p. 245).

O *intervencionismo*, nessa perspectiva, faria com que o Estado retomasse ao *mercado* as funções de *controle da produção capitalista*, eis que a administração da taxa de juros, do volume de investimentos e de outros elementos considerados pelo liberalismo como pertinentes à esfera da liberdade de mercado, seriam, na verdade - como se pressunha ainda à época de Adam Smith - “objeto principal da arte prática de governar” (KEYNES, 1988, p. 225).

A forma mestra de reprodução econômica que o intervencionismo de inspiração keynesiana introduziria seria exatamente o impulso ao desenvolvimento do fator *trabalho*, mediante políticas deliberadas de *pleno emprego* (construção da sociedade de bem-estar), que acabariam por aquecer a demanda, impulsionando a produção (KEYNES, 1988, p. 448-249).

Tanto os marxistas quanto Keynes exerceram influência decisiva na formação do pensamento desenvolvimentista da Escola estruturalista latino-americana, que em torno das figuras de Raul Prebisch e Celso Furtado, pensadores ligados à CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, da Organização das Nações Unidas, acabaram por desenvolver um pensamento original que rompia com os tipos teóricos (político-econômicos) eurocêntricos e estadunidenses, ao perceber que a economia capitalista havia se desenvolvido não somente no eixo lógico da contradição capital x trabalho assalariado, mas também no entorno gravitacional de uma relação geográfica de poder centro/periférica, impondo relações de dominação/subordinação não somente entre classes no interior de uma sociedade, mas também entre nações que, a partir do Colonialismo, passaram a ocupar posições *assimétricas* no quadro das relações mundiais de poder (desenvolvimento/subdesenvolvimento).

Também para a Escola Estruturalista latino-americana, o Estado teria a função primordial de assumir o controle do desenvolvimento econômico, eis que o rompimento com as cadeias do subdesenvolvimento e da dependência externa só poderiam se operar pela via da política. Para os pensadores ligados à Escola, a economia mundial estaria *estruturada* numa relação de poder que separa as nações em desenvolvidas e subdesenvolvidas ou, dito de outro modo, em *cêntricas* e *periféricas*, constituindo complexos instrumentos de transferência de excedentes (espoliação) destas para aquelas, permitindo-lhes a construção de sociedades de bem-estar em prol da manutenção da pobreza do resto dos povos.

As nações cêntricas, em geral, seriam aquelas que, a partir do Colonialismo europeu, se lançaram às grandes navegações em busca de novos mercados, conquistando e dominando novos povos e territórios e submetendo-os ao papel de produtores de matérias primas para suas indústrias, tornando-os centros consumidores para seus produtos manufaturados. Essa relação político-econômica, geradora de uma estruturada *geoeconomia*, seria explicada pela *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo, como algo natural e até querido: nações de produção manufatureira deveriam produzir bens de alto valor agregado enquanto

nações agrícolas deveriam continuar se especializando na produção de bens primários, realizando trocas no mercado mundial conforme as suas necessidades de consumo.

A Escola estruturalista percebeu rapidamente que essa teoria nada tinha de inocente: tinha antes a finalidade de congelar o “status quo” mundial, francamente favorável às nações do centro do Capitalismo. Mediante a descoberta da *tendência histórica à depreciação dos termos de intercâmbio*, os estruturalistas latino-americanos perceberam que os preços dos produtos primários tendem a se depreciar diante dos preços dos bens manufaturados de alta tecnologia, aprofundando dia-a-dia as relações de dominação das nações tecnológicas e inovadoras sobre as primário-exportadoras.

Dessa forma, o *laissez faire*, como asseguramento do “livre funcionamento das forças de mercado” seria, antes de qualquer coisa, um mecanismo ideológico *construído* pelos países desenvolvidos para manter os países subdesenvolvidos naquele esquema de subordinação. Nada teria de natural, sendo antes um instrumento de poder deliberadamente pensado e mantido para dominação (FURTADO, 1971, p. 236).

Os autores estruturalistas perceberam que a economia não se restringiria a um problema *econômico*. Sua natureza mais profunda seria *política*, eis que o mercado não seria o produto de um movimento natural, mas uma instituição *histórica*, constituída e mantida pela ordem jurídica do Estado e, como tal, parte integrante dessa ordem jurídica, porque a economia de mercado (e os seus pressupostos lógicos, a *anarquia produtiva* e a *livre concorrência*) não poderia se desenvolver num vácuo institucional, necessitando, antes, de um ambiente propício que só poderia ser produzido e reproduzido pelo Estado. O rompimento dos laços de dependência que oprimem a nação brasileira só poderia ser alcançado mediante uma política de Estado deliberadamente destinada a esse fim (FURTADO, 1971, p. 236).

Neste passo, o problema essencial de qualquer desenvolvimento econômico estaria concentrado na questão do *poder de Estado* e no seu controle por forças políticas interessadas na transformação da sociedade e das formas econômicas até então prevalentes, eis que o problema central dos países subdesenvolvidos seria a escolha de uma *estratégia política* de modificação das estruturas e não a formulação de planos convencionais de desenvolvimento fundados em técnicas quantitativas de política econômica (FURTADO, 1971, p. 247).

Essa estratégia identificaria o crescimento econômico como instrumento privilegiado do desenvolvimento na consecução da realização de um horizonte político de aspirações nacionais, democraticamente escolhido por um povo em sua constituição, com o fim de romper a lógica imposta pelo *laissez faire*, possibilitando a construção de uma sociedade de bem-estar: “a pobreza relativa da grande maioria da população brasileira não deve ser aceita como fato de ordem natural, pois resulta de condicionantes históricos; o nosso atraso relativo tenderia a aumentar dia a dia, caso nos retraíssemos em uma postura de *laissez-faire*” (FURTADO, 1962, p. 72).

Furtado ressaltava, enfim, que na periferia capitalista, onde o dinamismo econômico não seria derivado de fatores internos (*inovação*), mas reflexos (demanda externa), o

Estado tenderia a desempenhar o papel de “socializador de parte dos custos da produção”, sem o que não se obteria o ambiente necessário à expansão do desenvolvimento, tendo se transformado no fator decisivo do volume de investimentos nas forças produtivas e da reprodução da sociedade mediante uma abrangente política de redistribuição social, cabendo-lhe, ainda, o papel de difusor do progresso técnico, na medida em que decidiria o volume de emprego e o nível do salário básico (2000, p. 120-123).

Daí a necessidade central de se discutir democraticamente as funções do Estado nas economias subdesenvolvidas, aparelhando-o para a luta pelo desenvolvimento (FURTADO, 1962, p. 78), constituindo-os naquilo que Engels chamava de Capitalista Coletivo Ideal ou Estado desenvolvimentista, ou seja, uma estrutura de poder funcionalizada que coloque o Desenvolvimento, como Direito Fundamental constitucionalmente e internacionalmente previsto, uma meta a ser alcançada para a transformação das relações de poder no Brasil, garantindo a realização das propostas constitucionais de construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

Como se percebe, a discussão em torno da constituição do Estado desenvolvimentista como estrutura/relação apta a racionalizar os processos anárquicos da livre concorrência, perpassa o pensamento teórico dos séculos XIX e XX e se renova no século XXI, diante de novas crises econômicas (agora de superprodução de capitais fictícios) e do surgimento de um novo desenvolvimentismo. O Novo Estado desenvolvimentista ou Capitalista Coletivo Ideal, portanto, deve ser inicialmente percebido como administrador das condições necessárias à reprodução de um regime econômico determinado constitucionalmente.

É esse Estado altamente desenvolvido em suas funções econômicas que será apresentado como esfera da racionalidade política, guiada pela *funcionalização* das instituições políticas, sociais e econômicas em prol da realização de valores éticos democraticamente escolhidos pela comunidade política nacional, em oposição à irracionalidade do mercado, que se guia pela lógica da maximização dos lucros/minimização dos custos num regime de livre concorrência.

No caso brasileiro, no entanto, mais que um aparelho de administração do ambiente adequado à reprodução de uma ordem econômica determinada, o Capitalista Coletivo Ideal, deve ser entendido, por estipulação constitucional, como um *poder e aparelho de Estado desenvolvimentista*, economicamente *intervencionista* e socialmente *redistribuidor*, dinamizador de um ambiente econômico que permita ao novo desenvolvimento brasileiro realizar uma ampla inclusão de setores historicamente excluídos das relações de poder social, geográfico, político e econômico, ambientes esses que devem ser definitivamente democratizados.

Mais que um simples prestador de última instância para os mercados em tempos de crise, o Estado desenvolvimentista tem por função alocar recursos sociais em certos setores econômicos que interessam à realização do plano nacional, induzindo o desenvolvimento da iniciativa privada e garantindo que o produto social desse investimento seja efetivamente devolvido ao povo mediante políticas redistributivas e consolidação do Estado previdência.

O Capitalista Coletivo Ideal, correspondente político da sociedade anônima no Capitalismo financeiro, representa o estabelecimento da *propriedade social* nos marcos do Modo Capitalista de Produção, tornando todos os cidadãos espécies de acionistas do Estado na percepção de seus dividendos. Através de uma receita tributária progressiva e estabelecimento de um potente programa previdenciário e assistencial, o Capitalista Coletivo Ideal realiza a redistribuição - na forma de *salários indiretos* para todos os nacionais - de benefícios efetivos em saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, esporte, cultura, transporte, provocando a relativa perda de importância da propriedade privada individual como meio de garantia de reprodução material do indivíduo e de sua família (COMPARATO, 1990, p. 30), e colocando a perspectiva da *propriedade socialmente administrada* pelo Estado e garantida na forma de *seguridade social*, instrumento mais eficaz de liberação das necessidades de reprodução social para garantir o bem-estar material, moral, espiritual de todos os integrantes da nação (SILVA, 2007, p. 308).

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que originou o presente artigo nos conduziu sobre a temática do Direito Fundamental ao Desenvolvimento, buscando responder ao problema da atualidade ou defasagem histórica do papel do Estado na promoção do desenvolvimento na sociedade contemporânea, marcada pela financeirização econômica, pela globalização e pela livre alocação de recursos no e pelo Mercado.

A questão nos parecia importante em virtude dos seguintes fatores, sem exclusão de outros: a) a previsão internacional do desenvolvimento como um Direito Fundamental pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento, da Assembléia Geral da ONU, que reconheceu massivamente o Estado como agente promotor do Desenvolvimento; b) a previsão constitucional do Desenvolvimento como um objetivo nacional imposto ao Estado como agente de sua realização; c) o contraponto que as teorias do neoliberalismo impuseram à concepção do Estado como agente promotor do desenvolvimento, em face das novas relações de mercado surgidas com o fim do bipolarismo característico do período da Guerra Fria.

A crise econômica iniciada em 2007 no centro do Capitalismo mundial, os EUA e propagada para toda a União Européia e a aparente contradição nascida da relativa blindagem dos países periféricos, principalmente dos componentes dos chamados BRICS, aos seus efeitos, países esses que se desenvolveram no mesmo período ao adotarem políticas de desenvolvimento patrocinadas pelo Estado, bem como a intervenção ativa dos Bancos Centrais estadunidense, japonês e europeus para debelar a crise mediante a alocação deliberada de gigantescas somas de recursos tomados tributariamente aos cidadãos daquelas nações nas esferas privadas de mercado, estão a (re)demonstrar que os Estados nacionais, por mais que tenham sido atacados pela ideologia do neoliberalismo como agentes incapazes ou inaptos à direção do desenvolvimento, ainda jogam papel proeminente na administração das condições gerais exteriores da reprodução da forma-mercadoria, garantindo a livre alocação dos recursos sociais mediante a garantia em ;ultima instância da inclusão de todos os cidadãos nas relações de troca.

Diante do chamado Novo Desenvolvimentismo, que encontra seu ponto de partida na concepção do Velho Desenvolvimentismo, mas que o supera e o adapta a realidade da Nova Ordem Mundial, os Estados Nacionais, especialmente o brasileiro, precisará encontrar novas formas políticas de organização e direção da *res publica* comprometidas com o projeto de desenvolvimento nacional constitucionalmente previsto. E isso porque uma Constituição não pode ser encarada como um mero documento programático, sem valor real de transformação social. Ela é uma meta, um projeto de futuro e assim precisa ser encarada pelos juristas, além do olhar dogmático que lhes é natural.

O Estado, embora não seja o único ator relevante desse processo, ainda parece ser um dos principais atores capazes de fomentar o desenvolvimento, mediante a implementação de políticas propositalmente direcionadas ao fomento do investimento privado e a aceleração da circulação de bens e capitais na sociedade, funcionalizando essas relações e implementando instrumentos de compensação e redistribuição social que possam equilibrar o jogo do Mercado, garantindo, enfim, que a sociedade de bem-estar, livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da miséria e superação das desigualdades sociais e regionais, que a Constituição previu, possa vir-a-ser uma meta e uma realidade, e não simplesmente uma frase de efeito uma carta de boas intenções.

REFERÊNCIAS

BAVA, Silvio Caccia. Bem-vindas as novas idéias. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, outubro de 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Um novo Estado desenvolvimentista? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, outubro de 2009.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GALA, Paulo. Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 30, n. 4, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. 643f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ENGELS, Friedrich. Do socialismo utópico ao socialismo científico. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, s/d. v. 2, p. 281-336.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.) *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983.

NETTO, Delfim. O PAC e a dívida. *Carta Capital*, São Paulo, n. 433, 2007.

OFFE, Claus; RONGE, Volker. Teses sobre a fundamentação do conceito de “Estado Capitalista” e sobre a pesquisa política de orientação materialista. In: OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

UL HAQ, Mahbub. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995.

