XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DESAFIOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO NA SOCIEDADE MULTICULTURAL

CHALLENGES OF THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE IN MULTICULTURAL SOCIETY

Renata Frandoloso Martins [1]

Resumo

Este trabalho tem como escopo abordar o tema da sociedade multicultural e os desafios suportados pelo Estado contemporâneo sob a perspectiva do Direito Constitucional, abarcando o conceito de crise, as transformações e influências do Liberalismo e do Positivismo no Estado Moderno, fazendo-se necessário a readaptação do mundo jurídico à diversidade com ênfase na emancipação dos direitos humanos com finalidade de uma convivência pacífica.

Palavras-chave: Sociedade multicultural, Estado contemporâneo, Direito constitucional, Crise, Emancipação, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to address the theme of multicultural society and the challenges faced by the contemporary State under the perspective of Constitutional Law, encompassing the concept of crisis, the transformations and influences of Liberalism and Positivism in the Modern State, making it necessary to readapt from the legal world to diversity with emphasis on the emancipation of human rights for the purpose of peaceful coexistence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Multicultural society, Contemporary state, Constitutional right, Crisis, Emancipation, Human rights

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF); Advogada Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil completará trinta anos de vigência e, inserido no *caput* do art. 5º da "soberana carta" está o Princípio da Isonomia ou da Igualdade formal[1]. Porém, a igualdade estaria preservada em um sistema capitalista neoliberal que por regra tende a desconsiderar as desigualdades para promover a homogeneização?

Ademais, o Estado Democrático de Direito se compromete com o respeito aos direitos fundamentais de todas as parcelas da população sem fomentar ainda mais a discriminação por meio de políticas públicas? O Estado poderá garantir a efetividade destes direitos às parcelas mais vulneráveis da população como as mulheres, os indígenas, os negros e os imigrantes?

Estas e outras indagações são abarcadas no presente estudo, ainda que não se pretenda esgotar a matéria, apontar-se-ão para alguns dos desafios gerados pela sociedade multicultural - e neste ponto não se pode deixar de falar de Direitos Humanos -, que o Estado e a Constituição Contemporânea têm que enfrentar e superar.

Primeiramente, importa destacar o paradoxo entre atores e estruturas do Estado-nação, passando à crise do Estado Moderno e influências do liberalismo e do positivismo, que no século XX, concentrou-se nos contextos organizacionais e culturais dos procedimentos democráticos na operação da "regra da maioria". Nesse passo, surge a ideia de crise estatal/constitucional e uma certa opacidade deste conceito.

Em minutas linhas, falar-se-á sobre a importância da história constitucional, ou melhor, de uma história crítica para uma melhor compreensão do direito constitucional contemporâneo, partindo da premissa do passado e das transformações face ao multiculturalismo, cuja definição, difere-se do multicultural, porém de consequências uníssonas.

Não obstante, a figura da constituição aberta aos processos de globalização, acompanhados por novas tecnologias, internacionalização do capital, o potencial para um maior intercâmbio entre ideias e pessoas, a multiculturalidade são expressões que ressoam na vida cotidiana e não apenas a distância. Está no mundo contemporâneo, está também na nossa circunscrição geográfica, ao lado, na nossa cidade.

[1] Constituição Federal, 1988, Art. 5, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"

Assim, modelos de libertação e emancipação são temas vinculados diretamente à superação dos desafios da sociedade multicultural, em termos de direitos humanos, na acepção concreta e não abstrata.

Inobstante, ironicamente, grande parte da população se encontra em situação de exclusão-inclusiva, ou de suspensão, conforme apontado por Hannah Arendt (1990, p. 301) ao tratar das "pessoas deslocadas" (*displaced persons*) que seriam apenas reconhecidos como sujeitos de direitos ao cometerem algum crime. A pensadora alemã faz uma crítica severa aos direitos humanos que se tornaram inócuos diante de apátridas europeus do pós-guerra. Sua crítica se concentra no conceito jurídico de homem, ou seja, na medida em que a Declaração dos Direitos do Homem o afirmou como fonte da lei, tornando-se inalienável, irredutível e indivisível, colocando-o no patamar de único soberano em questões legais.

Ora, esta afirmação se referiu a um "homem abstrato que não existia em parte alguma" (ARENDT, 1990, p. 325); o povo e não o indivíduo representava a imagem do homem. Assim sendo, a perda da cidadania nacional implicava na inacessibilidade do direito humano; a primeira levava à segunda. Com isso, tais direitos não passam de *slogans* usados pelos protetores dos "subprivilegiados": um direito de exceção.

Nessa esteira, para Arendt, será a partir da cidadania, entendida como encapsulamento do Estado ao homem, que se desdobrará seu pensar político e suas consequências. Sua preocupação gravita no acesso ao status político-jurídico que possibilitará a fruição legal. Assim, Arendt formula, com formidável sensibilidade, o conceito de um "direito a ter direito" no sentido de que todas as expectativas políticas do homem, que desde a antiguidade grega, entendida como Pólis, concretiza-se na participação social (ARENDT, 1990, p. 330).

A partir desse pensamento, almeja-se um Estado de Direito e não um Estado de Exceção. Consequentemente, não basta uma Constituição que prima formalmente por igualdade, há de se vislumbrar, na prática, o acolhimento da sociedade pluralista e multicultural, ou seja, de diversas culturas e tradições.

2. ESTADO MODERNO: INFLUÊNCIAS DE TRANSFORMAÇÃO E DE CRISE CONSTITUCIONAL

Necessário abrir o estudo com a figura institucional do Estado moderno, indicando as principais influências de formação de um novo paradigma, para então apresentar as implicações e desafios oriundos do mundo globalizado, ou melhor, do mundo multicultural.

Precipuamente, em torno de 1500, tem-se a principal característica do Estado: o poder soberano, havendo desde então, transformações significativas até alcançar seu perfil Democrático e Social de Direito na contemporaneidade. Apesar disso, crises constantes acompanham-no, pondo em risco sua continuidade como formação política dominante. Muito embora a soberania permaneça adstrita à ideia de insubmissão, deve-se atentar para as novas realidades.

O Estado-nação com origem europeia, não apresentou evolução linear ou conformação idêntica em todos os lugares, sofrendo, ao invés, os influxos de particularidades culturais, geográficas, políticas e econômicas. Apesar de não ter constituído um processo totalmente deliberado, contando também com a interferência do imponderável e do acaso, inúmeros pensadores contribuíram decisivamente para a realização e transformação do Estado moderno. Ao assumir, progressivamente, as feições liberal, social e democrática, proporcionou elevados níveis de desenvolvimento humano em algumas sociedades europeias na segunda metade do século XX.

As constituições da mesma forma, serão submetidas às influências de ordem políticas, econômicas e sociais, porém, toda constituição em seu nascedouro deverá vislumbrar mudanças, justamente para salvaguardar o futuro.

Nesse sentido, importa transcrever Zagrebelski (2015, p. 10):

> La construcción de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro: «Las constituciones de nuestro tempo – dice en el texto - miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el quieren salvaguardar y enriquecer […] pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional»

Como ente histórico, o Estado moderno encontra-se inevitavelmente sujeito aos efeitos do tempo, podendo prognosticar-se sua superação por formas ainda não completamente vislumbráveis, já que minado por crises sucessivas que fragilizam suas bases.

Dentre essas crises, avulta a institucional, decorrente da incapacidade das Constituições, oferecerem modelos de ordenação político-jurídica coerentes, bem como da predominância de tratados e acordos internacionais, que esvaziam sua força normativa.

A crise do Estado passa a apresentar feições de crise constitucional, o que seria uma crise das garantias fundamentais, cujos programas relativos ao Estado social são relegados a

meros instrumentos ideológicos de legitimação, impossíveis de serem implementados, sendo afetados também as liberdades cidadãs e o direito das minorias.

Ademais, o conceito de crise já perdeu muito de seu componente de excepcionalidade, subsistindo uma normalização, falando-se a todo momento em crise política, crise econômica, crise de valores, crise civilizatória. Nem sempre é fácil separar o normal do extraordinário eis que viver sob o desenho institucional construído a partir da modernidade significa estar sujeito a constantes mudanças e, inevitáveis, crises.

Ainda que se aceite que democracias contemporâneas vivam, de tempos em tempos, situações de incerteza e instabilidade, conforme bem explanado por Zagrebelski em sua obra (2015, p. 25), espera-se que uma Constituição tenha como essência a dignidade humana, cujos os objetivos práticos alcancem a convivência social, as diferenças, na conquista da justiça social baseada na solidariedade e no marco da igualdade e da liberdade, na criação de condições socioeconômicas para a autorrealização e a emancipação humana, bem como o desenvolvimento de uma consciência política de responsabilidade democrática.

E sobre a problemática constitucional contemporânea, acentua Zagrebelski (2015, p. 27):

> El actual derecho constitucional ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En vez de intentar síntesis histórico-culturales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuario de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado.

A princípio, as constituições são soluções para as crises, uma vez que indicam o espaço de atuação dos poderes constituídos, estabelecem limites e formas de controle entre poderes. Entretanto, como já referido, em determinadas circunstâncias, a crise do Estado pode assumir uma dimensão constitucional, a própria função da constituição e consequentemente a efetividade das garantias fundamentais.

2.1 A influência do Estado Liberal e o Positivismo Jurídico

O Estado liberal de direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento à sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo. A administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.

O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. Nesse sentido se pode dizer que na Europa continental, o absolutismo do rei, foi substituído pelo absolutismo da Assembleia Parlamentar. Daí a impossibilidade de confundir o *rule of law* inglês com o princípio da legalidade (MARINONI, 2012). O parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a Assembleia Parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade.

Nessa linha explica Marinoni (2012, p. 10):

> No direito inglês a lei pôde ser conjugada com outros valores, dando origem a um sistema jurídico complexo – o *common law* -, enquanto que nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei". Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.

Ademais, Ferrajoli (2003, p. 15-17) qualifica o princípio da legalidade como "meta-norma de reconhecimento das normas vigentes", acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular.

No Estado liberal de direito, os Parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do Parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.

Antes do Estado legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores, e em razão disso existia uma grande pluralidade de fontes procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império e a igreja. A criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição.

Por outro lado, o princípio da legalidade tinha estreita ligação com o princípio da liberdade, valor perseguido pelo Estado liberal a partir das ideias de que a administração apenas podia fazer o que a lei autorizasse e de que os cidadãos podiam fazer tudo aquilo que a lei não

vedasse. Para não violar a liberdade e a igualdade – obviamente formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração.

Ademais, a norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por ser serem "iguais", deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem distinções concretas.

O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade formal.

Outrossim, para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se a um direito previsível ou a chamada "certeza do direito". Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis e, especialmente, a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação.

Com efeito, a lei se sobrepunha a todas às normas jurídicas, e as Constituições eram dotadas de um marco de intangibilidade, mas só para evitar a restauração do poder do regime antigo, pois podiam ser modificadas para beneficiar a burguesia e, nessa perspectiva, podiam ser ditas Constituições "flexíveis". O que dava unidade à lei não era a Constituição, mas sim o poder político e social da classe soberana no Parlamento. A coerência da lei advinha da coesão da força política da burguesia e o ordenamento jurídico era impregnado pelos seus valores e princípios.

Consoante se depreende na obra de Zagrebelski (2003, p. 32), com base nessas premissas, a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectiva, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos hermenêuticos que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma

disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito.

Não obstante, o positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação.

Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, advogados, promotores, juristas e professores, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na Universidade e na elaboração doutrinária.

Assim, o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia.

3. A CRISE DO ESTADO CONSTITUCIONAL FRENTE A SOCIEDADE MULTICULTURAL

Enquanto o "multiculturalismo" é um termo em expansão utilizado universalmente, vinculado à "raça", etnicidade, identidade, diáspora, a acepção "multicultural" é uma questão ainda oscilante e não heterogênea.

Para tanto, utilizar-se-á a distinção entre multicultural e multiculturalismo apresentada por Stuart Hall (2009, p. 50):

> Multicultural é um termo qualificativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentado por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade "original". Em contrapartida, o termo "multiculturalismo" é substantivo. Refere-se as estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais.

Como exemplo histórico, o colonialismo, tentou inserir o colonizado no "tempo homogêneo vazio" da modernidade global, sem abolir as profundas diferenças ou disjunturas, de tempo, espaço e tradição, como no caso dos sistemas de trabalho semiescravo do Sudeste da Ásia, da Índia colonial, assim como em vários Estados-nação; no Oriente Médio, nos Bálcãs e na Europa Central, pelas grandes potências, todos objetivando ajustarem mais ou menos à descrição multicultural.

Com efeito, os apontamentos de Bolzan de Morais (2013, p. 135) se mostram pertinentes:

> Vale relembrar que o próprio Estado, como Estado-Nação, com a população nacional pretensamente homogênea sempre foi muito mais uma obra de ficção do que realidade social – e ainda que o amálgama das ficções da nação e do nacionalismo tenha sido inventado para promover a integração entre estranhos, pela criação de símbolos de identidade comum e delimitação de tradições compartilhadas, também teve nos patológicos devaneios do ultranacionalismo (etnocêntrico), belicoso e autodestrutivo, uma face desintegradora tanto interna quanto externa e internacionalmente, a partir da identificação da política como categoria schmittiana que deva operar na dualidade amigo-inimigo. A contradição entre a finalidade da integração pela via do Estado em face à dualidade política do binômio amigo-inimigo se tornou impossível de ser superada no interior de um mesmo sistema – ainda que os direitos humanos e a democracia sejam operadas/compreendidas de forma interdependente.

Momentos históricos que depois se refletiram no pós-guerra, serão relevantes à questão da emergência do multiculturalismo. Desde a Segunda Guerra Mundial, o multiculturalismo não só tem se alterado, mas também se intensificado.

O multiculturalismo liberal, segundo bem explanado por Hall (2009, p. 51):

> (...) busca integrar os diferentes grupos culturais o mais rápido possível ao mainstrean, ou sociedade majoritária, baseado em uma cidadania individual universal, tolerando certas práticas culturais particularistas apenas no domínio privado. O multiculturalismo pluralista, por sua vez, avaliza diferenças grupais, em termos culturais e concede direitos de grupo distintos a diferentes comunidades dentro de uma ordem política comunitária ou mais comunal.

Quanto ao multiculturalismo corporativo (público ou privado) o mesmo autor elucida que este, "busca 'administrar' as diferenças culturais da minoria, visando o interesse do centro".

Portanto, as sociedades multiculturais não são novidade, uma vez que a migração e os deslocamentos dos povos têm constituído mais regra, que exceção. Iniciada bem antes da expansão europeia, a partir do século XV, surgem emergências crescentes ao longo da história e, na atual conjuntura, o multiculturalismo tem se intensificado. Portanto, não poderá se tornar algo meramente ideal ou utópico, e sim medidas efetivas práticas e de políticas públicas.

Desse modo, considerando que na sociedade contemporânea se opera a necessidade de resgate de política multicultural, considerando a existência de uma "crise conceitual" do Estado, que aflige seu elemento constituinte, ou seja, a identidade entre o Estado e o Direito, que caracterizou o projeto moderno, passa-se a sofrer questionamentos e desafios novos, sob a influência da compressão espaço tempo gerada pela mundialização.

Definido por Habermas como "pós-nacional", este cenário que já não se caracteriza de forma uníssima como internacional, transnacional ou necessariamente mundial, desafia o ordenamento jurídico que alicerça sua legitimidade no "povo", enquanto "nação", sob o manto

do princípio da soberania popular, assim como fragiliza suas referências territoriais, restando como tarefa "reconstruir o fragmentado panorama de um direito desbordado pela própria aceleração das coordenadas espaço-tempo", numa rede de interesses transnacionais que escapam ao controle político, numa teia de transformações sociais que avançam e transformam o universo jurídico.

Conforme bem descreve Bolzan de Morais (2013, p. 136):

> A transição paradigmática da teoria jurídica ante a interdependência da mundialização aponta para o fim do monopólio estatal na produção jurídica, inventando, impondo e/ou construindo novos espaços normativos, a partir dos quais se permite apostar numa retomada do aspecto cosmopolita das tradições jurídicas rumo a uma diversidade jurídica sustentável, ainda que não seja esta a tendência preponderante. De modo que tanto emergem convergências nas tradições jurídicas que se conectam, assim como se percebe uma homogeneização jurídico-cultural fruto da imposição sob o risco de um imperialismo de tradições jurídicas hegemônicas ditadas pelo domínio econômico que se converte em político e cultural.

Por derradeiro, o modelo tradicional de se pensar e praticar o direito, nos termos postos deverão ser revitalizados e revistos.

A composição desse cenário de transição paradigmática, liga-se diretamente com a descrita "crise conceitual do Estado", diferenciando-se sobretudo ao trazer o foco disciplinador especificamente à teoria jurídica, conforme descrito acima por Bolzan.

Neste contexto da globalização geradora de um cenário pós-nacional que, por um lado, aponta à crise conceitual do Estado e, por outro, à transição paradigmática da teoria jurídica, resta uma evidente abertura cada vez mais persistente e permanente do Estado e da Constituição às redes político-normativas transnacionais.

A Constituição brasileira de 1988, através das cláusulas de abertura, - art. 5º, § 2º, §3º e §4º (estes dois últimos parágrafos criados pela Emenda Constitucional nº 45/2004),[2] possibilita, tanto de forma cognitiva quanto jurídico-positiva, que, na diversidade e no multiculturalismo, axiomas emergentes, tanto institucional quanto cultural e normativo, adequem o pluralismo social à efetividade das garantias fundamentais.

Com a tendente abertura do Estado e da Constituição, e sob declarações de que o Estado nacional está com os dias contados (HABERMAS, 2003), impõe-se refletir sobre os dilemas que permeiam o Direito Constitucional para uma sociedade multicultural, ao modo com

[2] Constituição Federal, art. 5º: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

que Erhard Denninger e Dieter Grimm (2007, p. 69) problematizam, qual seria o mínimo de consenso necessário e o máximo de conflito possível para se conviver sob a mesma ordem jurídico-constitucional? De modo que o desafio é pensar e problematizar uma diversidade sustentável, mas aplicando para o social, político e jurídico-constitucional –, sob a égide dos direitos humanos – universais e indivisíveis.

Tal como constatou Konrad Hesse[3] ao comentar a obra "Derecho Constitucional para la sociedad multicultural", de Denninger e Grimm, os autores nos faz repensar sobre os grandes postulados do Estado constitucional, a democracia e os direitos fundamentais:

> «nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro»; «el mundo del Estado nacional soberano ha entrado en su ocaso. La Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución». El Derecho constitucional lleva décadas emancipándose de su tradicional subordinación a la clásica noción de Estado. Las constituciones propias del Estado social y democrático de Derecho, al asumir la tensión entre libertad y homogeneidad social, ofrecen más bien una ordenación fundamental para el Estado y para la sociedad, en atención a los complejos procesos de integración social. Pero las nuevas manifestaciones de la multiculturalidad, fruto de los movimientos migratorios masivos que se producen en el marco de la globalización, alteran sustancialmente las bases sobre las que venían desarrollándose dichos procesos y obligan a replantearse, como hacen Erhard Denninger y Dieter Grimm en este libro, los grandes postulados del Estado constitucional: la democracia y los derechos fundamentales.

O Estado tem como tarefa, construir a integração social diante da diversidade, que é exponencialmente ampliada com os influxos da mundialização, que, para além do exponencial crescimento do intercâmbio de informação, capital e mercadorias, tem o choque, de um lado, pelo fluxo de pessoas e, de outro, pela ressignificação do seu processo interno de integração social nacional pelo reconhecimento das primeiras nações (indígenas, aborígenes) – reconhecendo-se como sociedades plurinacionais.

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 26) no livro "Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural", afirma a necessidade de se reinventar a emancipação social, da inclusão de novos manifestos, questionando os ideais modernos de emancipação social lançados pela globalização. Ante o aumento exponencial das desigualdades sociais entre países ricos e pobres e entre ricos e pobres no interior do mesmo país, se faz imprescindível novas formas de globalização contra hegemônicas, alternativas, contrárias à globalização neoliberal; trata-se de iniciativas, movimentos e organizações que lutem por uma sociedade mais justa e pacífica e por novos caminhos para a emancipação social.

[3] https://www.fnac.pt/Derecho-Constitucional-para-la-Sociedad-Multicultural-Erhard-Denninger/a722238

O multiculturalismo pauta pelo reconhecimento da diferença, que tem confrontado os falsos universalismos e a colonialidade do poder, os quais são intrínsecos ao capitalismo histórico e à exploração do trabalho assalariado. Boaventura, enfatiza "por uma nova concepção dos direitos humanos que reconheça e integre a diversidade cultural de modo a permitir a reinvenção dos direitos humanos como uma linguagem de emancipação" (2003, p. 34), propondo o que denomina de hermenêutica diatópica, um meio para realizar o diálogo entre essas diferentes concepções, um diálogo intercultural entre as diversas concepções da dignidade humana que reconheça a incompletude de todas as culturas.

Por fim, é essencial uma nova proposta de democracia, de uma democracia radical, partindo da insuficiência do modelo hegemônico de democracia liberal representativa, que não passa de uma democracia de baixa intensidade, com a distância crescente entre representantes e representados, já que estamos em vivendo em verdadeira crise de legitimidade, e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social; torna-se vital, portanto, reinventar a emancipação social conjugada com a invenção de novas cidadanias baseados no recurso a uma sociologia das ausências, identificando-se silêncios, e permitindo o aumento dos espaços públicos pelas populações marginalizadas.

4. MULTICULTURALISMO, EMANCIPAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

As versões emancipatórias do multiculturalismo baseiam-se no reconhecimento da diferença bem como do direito à diferença e da coexistência-construção de uma vida comum além de diferenças. Proposta de redefinição da política como política cultural. Os excluídos, os marginalizados devem ser o ponto de partida de um conhecimento reflexivo que não seja cúmplice do capitalismo global.

Boaventura (2003, p. 34-35) acende a questão cultural ao declinar que:

> (...) para alguns que defendem versões emancipatórias do multiculturalismo, a relevância da cultura reside no fato de ela ser, na era do capitalismo global, o espaço privilegiado de articulação da reprodução das relações sociais capitalistas e do antagonismo a elas. (...) A cultura será, assim, encarada não como uma "esfera num conjunto de esferas e práticas diferenciadas", mas "um terreno em que a política, a cultura e o econômico formam uma dinâmica inseparável".

Quanto aos direitos humanos, estes ligam-se intrinsecamente à diversidade. A diferença entre seres humanos é uma condição própria da humanidade. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, um dos grandes desafios da humanidade é conviver, pacificamente, com a

diferença, indicando a distância que estamos da compreensão/concretização das condições de hospitalidade universal, prescritas no terceiro artigo do opúsculo "À Paz Perpétua" de Immanuel Kant (2010, p. 37), hospitalidade como direito e não como filantropia.

Segundo Bolzan (2013, p. 138), do "etnocentrismo ao narcisismo os promotores de culturas de violação dos direitos humanos – racismo, homofobia, islamofobia, xenofobia -, expressam ideologias que têm por mote assolar patologicamente a diferença e fundamentam extremismos que se expressam pela violência".

O amadurecimento do constitucionalismo acaba por revitalizar o direito, sob uma nova dinâmica da política de inclusão, centrado em valores que devem se abrir altruística e cooperativamente à interculturalidade. A diversidade precisa ser integrada como um axioma, um princípio dos direitos humanos, correlacionado com outros dois, a universalidade e a indivisibilidade.

Pelo princípio da universalidade, todos os seres humanos são titulares dos direitos ditos humanos, ou seja, são direitos de todos e em todos os lugares. Pelo princípio da indivisibilidade, os direitos civis, políticos se pressupõem de forma integrada/indivisível, em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, sem, portanto, uma ordem de privilégios entre si.

Contudo, a diversidade se impõe como valor a ser preservado, protegido, e, por que não, promovido, pelo sistema dos direitos humanos. A ideia da tolerância, meramente religiosa em sua versão inicial, aparece como uma espécie de primeira versão do respeito da diversidade de formas de vida, como um imperativo que informa a impossibilidade de se exigir o fim do pluralismo social, e, simultaneamente, como uma vedação à aspiração de homogeneização da sociedade, passando, contemporaneamente à valorização e, mesmo, à proteção institucional da diferença, por meio da proteção às minorias e açambarcamento do pluralismo, pela matriz dos direitos humanos.

Nesta esteira, segundo David Sánches Rubio (2014, p. 35-36) as "relações humanas com nossos semelhantes, com a natureza e com nós mesmos podem ser desenvolvidas por meio de duas dinâmicas lógicas: a emancipação e libertação; e a de dominação e império". E continua, brilhantemente:

> As dinâmicas de emancipação se estabelecem através de relações nas quais os seres humanos se tratam entre si como sujeitos, de forma recíproca e horizontalmente, solidário, de acompanhamento e de respeito. Estas lógicas permitem ao ser humano viver e possibilita a capacidade de conferir sentido a realidade e "fazer e desfazer" mundos. Possibilita a gerência e a riqueza humana.

5. DESAFIOS DA SOCIEDADE MULTICULTURAL

A crescente complexidade do mundo contemporâneo coloca o Estado em situação de crise, afetando seu principal instrumento de controle: o direito estatal. Além disso, vai sendo ameaçada a soberania política/jurídica pela perda do controle da coerência sistêmica das leis.

Por derradeiro, as normas particulares ou específicas devem ser substituídas pelo Estado, de modo que nos encontramos em uma situação de policentrismo normativa do qual o direito estatal perde sua centralidade, concorrendo com justiças paralelas, muitas vezes dominadas por lógicas capitalistas, sem dar conta da pluralidade das novas situações sociais, econômicas e culturais diferenciadas, já que deficientes e até insuficientes.

Portanto, como já mencionado em tópico anterior, a estrutura normativa oriunda do positivismo formal, a eficácia das normas constitucionais ainda que modernas, mostram-se ineficazes, sobretudo para solucionar e atender problemas relacionados às necessidades específicas das sociedades periféricas.

Além disso, Sánches Rubio (2014, p. 43) contribui com alguns ensinamentos acerca da problemática supramencionada:

> (...) a cultura deve assimilar e incorporar o paradigma pluralista de direito por duas razões fundamentais: a) porque permite uma melhor interpretação da complexidade dos atuais acontecimentos que o contexto da globalização está provocando sobre o mundo jurídico; e b) porque em sua versão emancipadora, o direito tanto estatal como não estatal pode ser instrumento de serviço dos coletivos mais desprotegidos e mais vulneráveis.

A existência de uma pluralidade cultural no mundo, ainda que tenham consequências negativas para o direito temporal e local (interno), e/ou de conflitos de identidade e de coexistência, também tem sua visão otimista e positiva, pois nesse espaço é que a cultura jurídica terá que saber como imperar e agir.

O fato multicultural é, em si, um desafio intercultural, e deverá ter-se como tarefa, a exigência legal que fluirá a partir da nossa situação histórica e se encontra numa humanidade que se deve caminhar junto e para conquistar reconhecimento de direito plenamente humanos, com foco no humano e na natureza que o circunda, para todos os humano sem exceção.

Finalizando com Sánches Rubio (2014, p. 44): “este é o derradeiro desafio proposto para a imaginação jurídica: a incorporação consciente e explícita do multiculturalismo no mundo, sem incorrer em situações idílicas ou idealistas”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos das minorias vulneráveis, como os direitos dos povos indígenas e dos negros não podem ser concebidos segundo a matriz individualista do direito e das teorias constitucionais liberais – condição de um efetivo reconhecimento da diversidade cultural e do caráter pluriétnico das sociedades nacionais da América Latina. A territorialidade é uma dimensão fundamental da afirmação desses direitos coletivos que se choca com as concepções liberais de propriedade.

O fenômeno da mundialização desloca o problema do constitucionalismo, enquanto amálgama estabilizador e projetante da relação Estado e Direito, a um nível pós-nacional, que integra constitucionalismo estatocêntrico e promove a estruturação de um outro nível de organização político e social elevado às relações internacionais, refletindo num amadurecimento lógico do constitucionalismo oitocentista.

Somente será possível combater a desigualdade social, a discriminação racial e de gênero em nossa sociedade com características patriarcal, racista e machista e seus sistemas de dominação e de exploração, por meio de políticas públicas que atendam às necessidades de tais segmentos da sociedade, e para tanto se faz fundamental a transparência em especial nos gastos públicos, para que a população e órgãos da sociedade possam controlar e cobrar investimentos nessas áreas específicas.

Essencialmente, dar-se-á verdadeira importância aos direitos fundamentais e humanos, mas não de modo superficial ou com discursos de “fachada”, do tipo, “politicamente correto”, que apenas escondem tentativas de homogeneização e genocídio cultural. Importa aliarmos a teoria à prática, ampliando nosso olhar para o outro, e assim olharmos para nós mesmos, com vistas a uma humanização do homem e do Direito e a sua possível não apenas sobrevivência na Terra, em um convívio harmônico e não de guerra, buscando-se um viver bem, um saber viver.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2010.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Companhia das Letras, São Paulo, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, Senado Federal, 1988.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

CAPPELLLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Il Mulino, Bologna, 1994.

CASAGRANDA, Edison Alencar. **O poder constituinte em Hannah Arendt e Jürgen Habermas: aspectos jurídicos e formativos**. Ijuí: Ed. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2017.

DENNINGER, Erhard; GRIMM, Denninger. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Trota, Madrid, 2007. Disponível https://www.fnac.pt/Derecho-Constitucional-para-la-Sociedad-Multicultural-Erhard-Denninger/a722238. Acesso em 29 de agosto de 2018.

FERRAJOLI, **Luigi. Pasado e futuro del estado de derecho, Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Littera Mundi, Rio de Janeiro, 2001.

HALL, Stuart. **Da diáspora, identidades e mediações culturais**. Organização Liv Dovik. 1ª Edição. Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. LP&M, Porto Alegre, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Ed. RT, São Paulo, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2013.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os direitos sociais e o desenvolvimento emancipatório: globalização, crise do Estado-Nação, flexibilização, mandado de injunção, proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos**. Ed. IMED, Passo Fundo, 2009.

RUBIO, David Sánches. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de Emancipações, libertações e Dominações**. Tradução Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin, Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar, os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2003.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **Historia y constitución**. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Editorial Trotta, Madrid, 2003.