

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**O WELFARE STATE NA AMÉRICA LATINA. A (IN)EFETIVIDADE DAS
PROMESSAS DA MODERNIDADE.**

**THE WELFARE STATE IN LATIN AMERICAN . THE (IN)EFFECTIVENESS OF
THE PROMISES OF MODERNITY.**

**Matheus Farinhas de Oliveira
Laercio Melo Martins**

Resumo

O presente trabalho tem como foco a análise do Estado de Direito sob a égide da função dos Direitos Humanos introduzida nos ordenamentos jurídicos e sua não concretização nos países Latino Americanos. Tal objeto foi problematizado dentro de uma contextualização histórica de necessária efetivação das normas constitucionais, uma vez que um discutível relativismo tem ganhado adeptos dentro do senso comum teórico dos juristas. A partir da perspectiva metodológica qualitativa, utilizou-se da pesquisa documental, bem como de revisão bibliográfica para auferir resultados que pudessem construir um arcabouço estatístico-teórico para o resultado da pesquisa. A conclusão obtida foi a necessária concretização constitucional a partir do uso de instrumentos jurídicos de garantia nacional e supranacional e o alerta para o perigoso relativismo das garantias fundamentais nos Direitos Humanos em países latino-americanos em que há um predomínio da não concretização das normas constitucionais, tendo em vista a existência da chamada constitucionalização simbólica, em que as normas constitucionais são meramente figurativas e servem para fins diversos do que a priori seria possível supor.

Palavras-chave: Direitos humanos. américa latina. constitucionalização simbólica.

Abstract/Resumen/Résumé

The present work purpose analyze the Rule of Law compared to the function of Human Rights introduced in the legal systems and its ineffectiveness in Latin American countries. This element was questioned within a historical context in which you can view a necessary realization of constitutional norms, since relativism has gained fans inside the theoretical common sense of lawyers. Moreover, through a qualitative method, we used the documentary research and the literature review to obtain results that could build a theoretical framework for the search result. The conclusion was that the necessary constitutional achievement and warns of the dangerous relativism in countries where the constitutional norms are not considered serious in relation to other norms. This is called symbolic constitutionalization, where the constitutional rules are merely figurative and serve for different purposes than a priori would be possible to assume.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, American latin, Symbolic constitution.

1 Introdução

O presente trabalho abordará a dialética entre a evolução do Estado de Direito e a concepção de Direitos Humanos. O surgimento do Estado e o surgimento do constitucionalismo moderno resultou na transformação do mundo pela ótica burguesa.

Com as revoluções e a concepção de Direito natural nela subjacentes, houve um desenvolvimento no campo parlamentar de positivação desses direitos, o que viria dar lugar a chamada “Era das Codificações”. Ato contínuo, a superação do paradigma filosófico do Direito natural deu origem ao movimento denominado de positivismo. Na França, berço da Revolução Francesa de 1789 e local da consagração de um dos mais importantes códigos da modernidade, o Código Civil Frances de Napoleão influenciou toda uma geração de códigos pelo mundo.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, surge a concepção do constitucionalismo social, em que algumas constituições passam a albergar Direitos Fundamentais de cunho prestacional (positivo). Daí a concepção de Estado Social de Direito, porquanto o Estado estava juridicamente vinculado à prestação de determinados Direitos sociais. Dentro desta perspectiva, as Declarações de Direitos nascidas nas revoluções burguesas e na Segunda Guerra Mundial espraíram uma concepção ocidental, burguesa e cristã de Direitos Humanos, que passaram a integrar os mais diversos ordenamentos jurídicos

Com o segundo pós-guerra e o fim da ditadura em diversos países Latino Americanos, o Estado Democrático de Direito ganha força e passa a ser o principal modelo reproduzido pelos países ocidentais. A globalização, dotada de uma lógica transnacional, enfraquece e relativiza o poder dos Estados soberanos, relativizando sua soberania.

A concepção de Estado Democrático de Direito, contudo, não pode significar um afastamento do Estado Social de Direito. A superação do paradigma social, em lugares em que de fato ele nunca ocorreu, pode gerar o perigo do relativismo e da não efetividade das normas constitucionais. O pós-modernismo, crítico das promessas não cumpridas da Modernidade (v.g. discussão sobre verdade e justiça), passa a ser discutido em países Latino Americanos, mormente pela necessidade de concretização de arquétipos sociais básicos, tais quais: o fim da desigualdade social, a garantia máxima da dignidade da pessoa humana etc. Tal perspectiva ainda enfrenta a existência de um processo de “constitucionalização simbólica”, havendo um déficit de concretização das normas constitucionais.

2 O Estado de Direito e os Direitos Humanos. Uma construção dialética da modernidade.

O Estado¹ moderno² surge com a superação das estruturas feudais de organização e a concentração do poder, que tornaram necessária uma organização política dotada de independência e de supremacia, monopolizadora da coação incondicionada (REALE, 2000).

O Estado é, portanto, na definição de Jellinek “a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando” (JELLINEK *apud* BONAVIDES, 1978, p.56.). Ou, como defende Duguit dentro de uma acepção sociológica de Estado, é o elemento humano (população, povo e nação) fixado em determinado território, onde os mais fortes impõe a vontade sobre os mais fracos (DUGUIT *apud* BONAVIDES, 1978).

Após uma centralização dos poderes, começa a desenhar o que seria o constitucionalismo moderno. Surgem, assim, pactos celebrados pela burguesia que limitam o exercício do poder político (v.g. *Magna Carta*). A crescente necessidade de controle do poder do soberano, acabou influenciando diretamente a construção de várias revoluções burguesas, nas quais as bases do constitucionalismo foram fincadas (SARMENTO, 2014). As premissas teóricas de compreensão das estruturas do constitucionalismo liberal são, em síntese, o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) e a garantia de direitos individuais.

Nesse cenário, alguns autores reestruturaram as concepções político-jurídicas, formulando a teoria do contrato social, do governo popular etc. (VASCONCELOS, 1998). As teorias contratualistas passaram a justificar a existência do Estado em nome dos interesses dos indivíduos, que saíam ganhando com a superação do estado de guerra hobbesiano de todos contra todos (SARMENTO, 2014).

O século XVIII seria o séculos das Declarações. Além de uma concepção democrática de soberania³, as revoluções burguesas se espalhariam e influenciariam o mundo, fixando valores e preceitos universalmente compartilhados (DALLARI, 1995).

Em torno de todas essas premissas do Estado liberal, na qual o constitucionalismo

¹ O emprego da nomenclatura “Estado” para designar este ente dotado de soberania remonta a Maquiavel em “O Príncipe”, não obstante a utilização da palavra República por Bodin (BONAVIDES, 1978).

² Costuma haver intenso debate sobre o surgimento do Estado. De um lado, sustenta-se que o Estado possui inúmeras formas fundamentais adotadas através dos séculos, v.g. Estado antigo, Estado medieval etc. (DALLARI, 1993). De outro lado, contudo, sustenta-se que o Estado não é conceito válido para todos os tempos, mas conceito surgido com o nascimento das ideias de soberania no século XVI (QUINTÃO SOARES, 2001) Além disso, existem críticas quanto à pretensão de universalização do modelo eurocêntrico de Estado (ADEODATO, 1996).

³ Nesse sentido, Dallari defende que as teorias da soberania popular apresentam algumas fases sucessivas, “na primeira, aparece como titular da soberania o próprio povo, como massa amorfa, situado fora do Estado. Numa segunda fase, que adquire seu ponto de consolidação na Revolução Francesa, fluindo sobre as concepções políticas do século XIX e início do século XX, a titularidade é atribuída à nação, que é o povo concebido numa ordem integrante” (DALLARI, 1995, p.70).

liberal fixava limites ao poder do Estado, havia uma perspectiva negativa do Estado, limitado através de *standards* de conduta fixados pela Constituição. Assim, o Estado primeiro promulgou as Constituições, mas também “decretou os códigos da Sociedade civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história com a denominação de Estado liberal” (BONAVIDES, 1993, p. 17).

A codificação de regramentos que estruturavam a sociedade deu início ao que se denominou de “era das codificações”, representando uma experiência jurídica surgida na segunda metade do século XVIII, embora não tenha sido um movimento em toda a Europa (BOBBIO, 1995). Nos Códigos Civis alemão e francês, buscou-se a aplicação do direito em normas gerais, abstratas e coercitivas, sempre refletoras da expressão ideológica do poder predominante da época. Surge o positivismo jurídico em substituição à lógica jusnaturalista até então presente na sociedade.

A escola da exegese - ou positivismo exegético⁴ -, surge a partir de uma controvérsia inaugurada no bojo do Código Civil Napoleônico, mais especificamente o artigo 4º, que dispunha sobre a obrigatoriedade de julgamento da lide pelo magistrado (*non liquet*) (BOBBIO, 1995). Tal escola, adotando um posicionamento fetichista da lei, considerava o Código como pleno, pretendendo fundar a resolução de qualquer controvérsia à luz da intenção do legislador. A vontade do legislador (aquele que dita a norma) deveria ser obedecida – pressuposto da onipotência do legislador -, acarretando o denominado culto ao texto disposto no Código (BOBBIO, 1995).

Assentadas nas bases liberais, os direitos políticos do homem eram apregoados com ênfase. A verdade, contudo, é que o constitucionalismo liberal clássico fez prevalecer principalmente os privilégios da burguesia, muitas vezes desconsiderando as fissuras existentes na realidade social. A liberdade, signo magno das revoluções burguesas, permaneceu apenas no imaginário de muitos, enquanto os bens da vida se concentravam nas mãos de poucos (LUCAS, 1959).

Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado começou a se converter em protagonista, principalmente com as Constituições do México em 1917 e a Constituição de Weimar em 1919. Tal mudança acarretou alterações diretas na concepção estrutural política do Estado e nas Constituições, com uma flexibilização no perfil rígido da separação de poderes, permitindo uma

⁴ O Positivismo jurídico se baseia na distinção entre direito natural e direito positivo. O primeiro seria imutável, universal, originado através da razão e tem seus comportamentos regulados definidos como bons ou maus per se. O direito positivo, ao revés, valeria apenas em alguns lugares, mutável, originado pelo poder do Estado, bem como os comportamentos são justos se ordenados forem e injustos se forem vetados. (BOBBIO, 1995).

atuação mais presente dos poderes públicos na seara social (SARMENTO, 2014). Essa concepção, contudo, jamais visou desconstruir as conquistas do constitucionalismo liberal, mas incorporá-lo em um modelo que é substancialmente mais cumpridor das promessas da modernidade, tais quais a garantia de educação, moradia, saúde etc.

O Estado social de Direito foi vitorioso, entretanto não foi efetivo no cumprimento das suas propostas. Em relação ao cumprimento inacabado das promessas da modernidade, Boaventura de Sousa Santos diz que:

A promessa da dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da consequente conversão do corpo humano em mercadoria última. A promessa de uma paz perpetua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo. A promessa de uma sociedade mais justa e livre assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul. Neste século morreu mais gente de fome do que qualquer dos séculos anteriores e mesmo nos países mais desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza o chamado “Terceiro Mundo interior”. (SANTOS, 2000, p.56).

A Segunda Guerra Mundial e a decolada ideológica do socialismo marcado pela queda do muro de Berlim, dão à lógica de mercado novo fôlego. “Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida assim como o termo das ideologias que lhe seriam de sustentação” (BONAVIDES, 1993, p. 20). A globalização espalha uma lógica transnacional, enfraquecendo e relativizando o poder dos Estados soberanos. A concepção de Estado Democrático de Direito, surgida na onda de democratização ocorrida no mundo, contudo, não pode significar um afastamento do Estado Social de Direito, devendo congrega as conquistas havidas no âmbito externo em relação aos Direitos Humanos.

Do ponto de vista de Francesco D’ Agostino, vivemos o tempo dos direitos humanos. Essa afirmação não seria uma mera especulação filosófica, diante das experiências sociais que ao longo da história mostraram violações a natureza humana, como Auschwitz; uma concepção que no sentido ético-concreto abrange definitivamente todas as consciências:

É como se a confiança nos valores, que parecem abandonados por tantos pensadores de nosso tempo, tenha, em contrário, se enraizado na opinião comum, graças a tragédia histórica da qual Auschwitz tornou-se um símbolo definitivo, vindo quase a constituir uma espécie de *universal-ético*, como nunca se havia conhecido em épocas passadas[...] a confiança nos direitos humanos se revela em nosso tempo ativa e generosamente

operante; se revela como uma verdadeira corrente capaz de converter o pensamento em *práxis*, de constituir uma página nova na história. (D'AGOSTINHO, 2007, p. 215).

Dentro dessa lógica, instala-se uma pretensão à universalidade dos direitos humanos, na qual o direito internacional se concentra em instituir um ordenamento jurídico supranacional, elevando a categoria humana à cidadania universal, em contraste com o egoísmo do patriotismo do século XIX, descobrindo a dignidade do homem como novo epicentro normativo. Em suma, os direitos humanos representam uma revolução cultural de incalculáveis proporções.

Não obstante, se por um lado percebemos o tema dos direitos humanos como culturalmente irrenunciáveis, por outro lado, no plano prático vemos através de uma observação frígida a sua irrealização histórica. A presença da ideia filosófica de Direitos Humanos em termos jurídicos não tem aumentado sua garantia e sua eficácia prática e concreta. Aqui jaz a responsabilidade de nossa geração, em uma necessária concretização do paradoxo entre irrenunciabilidade e irrealização. A proposta do constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, embora traga em seu bojo o discurso dos direitos humanos, apresenta-se em grande parte como uma promessa não concretizada (D'AGOSTINHO, 2007).

Em contrapartida, faz-se necessário observar a perspectiva dos direitos humanos a partir da ideia de um discurso com uma função prático-social (ALTHUSSER *apud* FALBO, 2011): os direitos humanos são um tipo específico de discurso sobre o direito. Nesse sentido, salienta Ricardo Nery Falbo:

Tradicionalmente, a Sociologia tem sido crítica da ideia de direitos humanos. Do ponto de vista sociológico “homem” e “humanidade” não constituem categorias universais. Partindo da concepção de construção social do corpo e da concepção relativista de cultura, o humano não é uma categoria aplicável de forma transcultural. Ele não existe como metaconceito. A linha que separa o humano do não humano é social e historicamente variável. (FALBO, 2011, p. 7-8).

Corroborando com a crítica à ideia de universalidade dos direitos humanos, bem como da autoevidência deles, Lynn Hunt afirma que:

Essa afirmação de autoevidência, crucial para os direitos humanos mesmo nos dias de hoje, dá origem a um paradoxo: se a igualdade dos direitos é tão autoevidentes, por que essa afirmação tinha de ser feita e por que só era feita em tempos e lugares específicos? Como podem os direitos humanos ser universais se não são universalmente reconhecidos? Vamos nos contentar com a explicação, dada pelos redatores de 1948 de que “concordamos sobre os direitos, desde que ninguém nos pergunte por quê?” Os direitos podem ser “autoevidentes” quando estudiosos discutem há mais de dois séculos sobre o que Jefferson queria dizer com a sua expressão? O debate continuará para sempre porque Jefferson nunca sentiu a necessidade de se explicar. Ninguém do Comitê dos Cinco ou do Congresso quis revisar sua afirmação, mesmo modificando extensamente outras seções de sua versão preliminar. Aparentemente, concordava com ele. Mais ainda, se Jefferson tivesse se

explicado, a autoevidência da afirmação teria se evaporado. Uma afirmação que requer discussão não é evidente por si mesma. (HUNT, 2009, p. 18).

Obviamente que a questão não é simples. Existem relatos político-históricos de violações dos direitos do homem que variam conforme a estrutura de poder governamental (v.g. China comunista e o regime do Apartheid na África do Sul). Massini propõe dois questionamentos importantes sobre sua investigação acerca dos princípios fundadores da existência dos direitos humanos:

Qual é a razão – ou a causa – pela qual o homem, ou seja, todos os homens tem certos direitos que aparecem como absolutos, pleiteando exigências não excepcionáveis, só em virtude da sua qualidade de homens? Dito de outro modo: Que princípio é o que justifica os homens, senão outra exigência que é a de pertencer a espécie humana, que se reconheça a capacidade suficiente para reclamar certas prestações por parte dos demais homens? A resposta habitual que assumirá provisoriamente com a condição de explica-la, precisa-la e analisa-la posteriormente, é que essa razão, causa ou fundamento tem sua origem na dignidade da pessoa que compete a todo homem (MASSINI, 2005, p.132).

Diante disso, outras indagações tornam-se importantes para complementar a definição da fundamentação dos direitos humanos: “O que se entende por dignidade pessoal ou dignidade enquanto pessoa, quando ela se refere a pessoa humana” (TRIGEAUD *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p.133). Ao se falar da noção de pessoa como suposto necessário da condição de sujeitos de direitos, se estabeleceu que a pessoa humana está revestida de certas qualidade que a torna mais perfeita que o resto dos entes do universo, caracterizando uma noção de respeito, “explicando a ideia de “perfeição ou superioridade da pessoa humana [...] já desde a origem da palavra, a noção [presente é] de que algo é devido ao sujeito humano em razão da mesma superioridade” (MASSINI CORREAS, 2005, p.133-134).

Dentro de uma perspectiva ligada ao jusnaturalismo, a categoria humana estaria acima dos demais entes do universo em virtude da perfeição racional-cognitiva, a posição de dignidade. Essa característica só pode ser desenvolvida de acordo e com a conjunção de outros homens e supõe uma inúmera quantidade de relações entre eles. É uma tarefa comum, um trabalho que exige o envolvimento de todas as categorias plurais que compõe a comunidade. Isso pressupõe o respeito mútuo de todos pela existência e atividade dos demais e, em certos casos, porém não poucos; a colaboração ativa com a ação de todos da comunidade.

A capacidade de respeitar e facilitar o desenvolvimento ou aquisição da perfeição humana na vida social, na excelência do ente próprio de todo ser humano. É deonticamente necessário tratar com respeito a todo homem, em razão da dignidade de seu caráter de pessoa.

John Rawls considera sua “doutrina sobre a justiça como necessariamente uma resposta à questão dos direitos humanos” (RAWLS, *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p. 188).

Em contrapartida, Gonzalo Ibáñez, jurista chileno, sustenta a incompatibilidade completa entre a ideia da justiça na versão clássica e a ideia dos direitos humanos. Em *Uma Difícil Conciliación: Justicia e Derechos Humanos*, Ibáñez afirma:

A ideia de justiça supõe a ideia de uma comunidade de homens imperfeitos entre os quais se deve repartir bens escassos; bens que por outra parte, são produto do trabalho articulado e que constituem um bem comum. Pelo contrário, a ideia dos direitos humanos, que não pode ser clivada em sua origem individualista, supõe a ideia de um conglomerado de indivíduos autossuficientes que tem direitos absolutos a bens ilimitados. (IBÁÑEZ, *apud* MASSINI CORREAS, p. 188-189)

Em relação à leitura da Declaração dos Direitos Humanos, existem observações importantes. A Declaração dos Direitos Humanos prevê o direito a todos os bens, liberdades e garantias que os homens iguais requeriam para fazer realidade a seus interesses. Disso, estratifica-se que os direitos humanos aproximados “(...) por Ibáñez com a ideologia ilustrada difundido no Ocidente, supõe homens isolados, em situação pré-social e dotados de prerrogativas irrestritas para todos: é dizer, o estrito modelo hobbesiano-rousseauiano” (IBÁÑEZ *apud* MASSINI CORREAS, p. 188-189). Essa ideia liberal, nada obstante, colide com teorias que identificam o discurso da igualdade plena como um dogma, bem como ressaltam a caráter eurocêntrico das concepções de Direitos Humanos fundados apenas no homem branco e europeu.

Então, estabelecer um sistema jurídico que visa reconhecer, proteger e promover os direitos humanos encontra uma grande dificuldade, já que em determinados momentos parece haver uma colisão entre direitos. D’Agostinho aponta que “para alguns a realização dos direitos humanos seria, pois, constitutivamente parcial e, de igual modo, inadequada, se não enganosa. Nos encontramos frente a uma antinomia certamente complexa, ao ponto de ser considerada por muitos como sem solução” (D’AGOSTINHO, 2007, p. 221). Outros, ao revés, estruturam sua teoria da ponderação para solucionar essa suposta contraposição entre direitos, como é o caso de Robert Alexy (ALEXY, 2002). A teoria de Alexy, embora de grande prestígio, sofre pesadas críticas. Embora não critique diretamente o autor, a observação de D’AGOSTINHO é perfeita para o caso, diz ele: “um concreto balanço dos direitos requer uma grande sabedoria

jurídica, que vai mais além do que a mera (e obviamente indispensável) boa vontade dos juízes e do legislador” (D’AGOSTINHO, 2007, p. 222).

Em que pese existirem autores que, partindo de uma concepção construtiva do saber da modernidade, apresentam uma teoria social ignorando os direitos e considerando o ente humano como, Rousseau apresenta uma teoria contratualista a fim de explicar o exercício da vivência comunitária:

Nas primeiras páginas de su *Discours sur l’origine de l’ inégalité parmi les hommes*, Rousseau inseriu um parágrafo que é uma confissão: Começemos, portanto, por descartar todos os direitos, já que eles não fazem questão – assim como no *Du Contrat Social* – a construir um modelo de sociedade ideal sobre a base da associação racional e voluntária de uns homens autônomos, autossuficientes e solitários. (ROUSSEAU *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p. 156).

No século XVIII consolida-se essa concepção liberal nas bases das declarações dos direitos dessa época:

É sobre esse ponto – tem escrito Jean Dabin- que a teoria moderna do direito natural, com as constituições e codificações que tem inspirado, foi gravemente deficiente. Ela reconheceu os indivíduos particulares e seus direitos naturais (salvo os direitos de associação); porém desconhecido ou reduzido a mínima porção dos direitos da sociedade. Fazendo derivar esse último de um contrato, restringindo sua competência a proteção dos direitos individuais dos associados, não assinalando outro ofício que é o de assegurar a “coexistência das liberdades”, tem orientado o pensamento jurídico em seu sentido social, individualista (BARRET-KRIEGEL *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p. 157).

Se pensarmos em justificar os direitos somente nas vontades ou eleições individuais, será impossível de resolvermos os múltiplos conflitos judiciais oriundos da convivência social, em razão da diversidade de interesses e desejos dos homens. Se definitivamente falarmos do direito fundado no indivíduo e suas projeções pessoais, teríamos que renunciar a ideia dos direitos e conformar-se em subsistir em um estado de natureza hobbesiano: “presidido por um medo continuo e perigo de morte violenta; e para o homem, uma vida solitária, pobre, desagradável, brutal e breve” (MASSINI CORREAS, 2005, p. 159-160).

Quanto à universalidade dos direitos, muito se discute sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua pretensão de caráter absoluto. Qual valor possui a Declaração? Tal concepção é dominante?

A Declaração não é um “absoluto”. Não pode ser, porque o absoluto é redutível em última instância a fórmulas linguísticas-normativas, como aquelas as quais necessariamente a Declaração tem que recorrer. Porém o caráter não absoluto da Declaração não nos deve induzir a desvalorizar seu conteúdo. Nela aparece, certamente, a defesa da dignidade do homem. Ninguém dos homens de nosso tempo pode hoje, honestamente, afirmar que vê a possibilidade de uma alternativa universal em seu

acordo em torno dos direitos humanos. (FEHER *apud* D'AGOSTINHO, 2007, p. 252).

Sem querer desconsiderar as condições em que foi pensada e escrita, a teoria dos direitos humanos não pode ser considerada em si mesma neutra, pois sua matriz histórico-iluminista, manifesta em todas as suas concatenações lógicas bem como sua matriz formal e seu léxico Ocidental dificilmente desperta o interesse de outras culturas, sobretudo do Oriente. Existem vários limites a apontar, dentre os quais estão os limites culturais inerentes à Declaração e ao papel de “inventar” uma nova linguagem, através da qual as culturas possam interagir reciprocamente, permanecendo cada uma com sua própria identidade (D'AGOSTINHO, 2007). É, portanto, uma concepção liberal, ocidental e cristã.

Massini, objetando-se contra as prestações dos direitos sociais alega que são superficiais e exagerados. Portanto, é necessário analisar a questão dos direitos sociais fazendo abstração de múltiplos abusos que dão lugar ao conceito e voltando-se para um uso ajustado da noção. Massini dá um exemplo do uso ajustado do direito à educação, reconhecida na maioria das modernas declarações de direitos:

Nesse caso, é mais fácil de ver que o homem é um ente imperfeito, que não realiza completamente as virtualidades ou potencialidades contidas em sua essência; tem, porém, por outro lado, a aptidão natural para alcançar, ainda que nunca completamente, a plenitude que corresponde ao seu ser. Isso não é possível se não através da educação [...] Essa vocação para o desenvolvimento é comum a todos os homens em sua essência. A perfeição é um bem comum a todos os homens, no sentido de dever jurídico, o Estado deve colaborar com o desenvolvimento da educação da comunidade. (MASSINI CORREAS, 2005, 180)

O conhecimento, a liberdade, a cultura e atividade moral são decorrentes desse ensino. “Toda vez que uma pessoa não pode assinar, ler ou pensar racionalmente, ela não pode exercer sua dignidade enquanto substância espiritual” (MARITAIN *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p. 180). Isso pode ser estendido a outros direitos sociais como a saúde, a segurança e a cidadania, por exemplo. Sendo assim, verifica-se que não somente no plano das liberdades negativas, como na violação da propriedade privada ou na integridade física, é possível degradar o homem também no plano social, com a privação das capacidades necessárias para o desenvolvimento e atualização das suas dimensões pessoais.

3 O Estado social de Direito e a América Latina. A modernidade tardia, os Direitos Humanos e a (não) superação do constitucionalismo social.

Comumente observa-se, principalmente no Direito Constitucional e na Filosofia, uma discussão quanto à existência ou não da pós-modernidade. A modernidade associa-se ao iluminismo, na sua defesa de valores universalmente válidos. O problema é que a modernidade não concretizou os Direitos Humanos prometidos, não solucionando os problemas da humanidade.

Com uma aparente influência de autores como Nietzsche, o pós-modernismo é desconfiado em as categorias da Modernidade (v.g. discussão sobre verdade e justiça). Lyotard fala em superação das metanarrativas, ou seja, das construções teóricas totalizadoras da filosofia (LYOTARD, 2011). Sarmento rejeita a estruturação do pós-modernismo no âmbito do constitucionalismo, sobretudo nos estados subdesenvolvidos:

A crítica pós-moderna ao constitucionalismo deve ser objeto de reflexão. Por um lado, cumpre reconhecer que existem, de fato, graves déficits no funcionamento das instituições e das práticas políticas, sociais e jurídicas construídas durante a Modernidade, que se revelam claramente diante da persistência da exclusão, bem como de fenômenos como o aquecimento global. Contudo, ao invés do abandono do ideário moderno, pensamos que ele deve ser aperfeiçoado e aprofundado, sobretudo nas sociedades periféricas — pré-modernas sob vários aspectos —, que enfrentam carências já relativamente equacionadas no Primeiro Mundo. Trata-se de insistir na luta pela implementação concreta dos grandes valores do Iluminismo e do constitucionalismo, de liberdade, igualdade, dignidade humana e democracia, estendendo-os a novos campos e enfrentando, a partir dessas bandeiras, os novos desafios do mundo contemporâneo. (...) Diante dessas questões, não se deve abdicar do projeto político-jurídico da Modernidade, mas corrigir os seus desvios e incompletudes, tornando a empreitada ainda mais abrangente e inclusiva. O esvaziamento do Direito e da Constituição, propugnados por certas correntes do pós-modernismo, são propostas que não merecem apoio, sobretudo nos Estados periféricos e subdesenvolvidos como o Brasil, onde largos setores da população ainda vivem no arcaísmo pré-moderno. Se o constitucionalismo for despojado da sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça às relações humanas, com sua omissão ela estará legitimando o status quo de opressão e exclusão social. (SARMENTO, 2014, p. 236)

Assim, sustenta-se um compromisso de concretização do Estado Social de Direito em cotejo com o Estado Democrático de Direito e não em contraposição. Busca-se, assim, concretizar as promessas constitucionais da modernidade, pondo fim à desigualdade social e buscando a prestação de direitos sociais previstos nos textos constitucionais.

Se, de um lado o modelo predominante até o século XIX, caracterizava a Constituição como um documento sem caráter jurídico, atribuindo-se ao legislador ou ao administrador a função precípua de efetivar suas propostas, relegando ao Judiciário um papel secundário, após

a Segunda Guerra Mundial, essa lógica começou a ser posta em dúvida. Em trabalho clássico sobre o tema, Hesse na obra “A força normativa da Constituição”, traçou as bases para superação desta concepção não concretizadora da Constituição.

Dentro dessa concepção, a Constituição possui pretensão de eficácia e procura imprimir uma conformação com a realidade, sendo mais que o mero reflexo das forças de poder. Ambas as concepções (Constituição real e Constituição jurídica) estão em relação de coordenação e, portanto, coexistem na realidade constitucional. Será simplesmente estéril desconsiderar a realidade das forças atuantes na sociedade (HESSE, 1991). A *ratio* é que, mesmo no caso de conflito entre as forças reais de poder e a Constituição, não se pode considerar esta última como a parte mais fraca. A vontade da Constituição é um pressuposto que deve prevalecer neste embate, porquanto esta possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Todos os intérpretes devem compartilhar da vontade da Constituição. Assim, pode-se falar na famosa expressão de Peter Häberle, qual seja a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HABERLE, 1997). Tal respeito, sobretudo nos momentos em que sua observância se mostra incômoda é fundamental para sua força normativa. A Constituição, portanto, logra conferir forma e modificação à realidade, convertendo-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social, sendo possível que ela proteja a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio (HESSE, 1991). Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições (imperatividade). A mudança de paradigma trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo inspirado na supremacia da Constituição (BARROSO, 2013).

Dentro desta perspectiva da modernidade tardia e necessária observância das normas constitucionais como resgate das promessas da modernidade, é importante situar a discussão no tempo e no espaço. Em relação aos países Latino Americanos, é discutível estruturar um projeto de Estado que não seja dirigente ou que albergue as concepções sociais visualizadas no constitucionalismo social. Assim, algumas estruturas meramente pragmáticas e que almejem apenas o resultado passam a ser de duvidosa constitucionalidade⁵.

O problema deve ser relacionado com o conceito de desenvolvimento humano. Dentro dessa concepção, o índice que melhor se aproxima de demonstrá-lo numericamente é o Índice

⁵ Dentro deste cenário, tem crescido a perspectiva da escola (neo)utilitarista denominada “*law and economics*”, em que alguns autores defendem uma interpretação que tenha especial atenção à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002).

de desenvolvimento Humano (IDH) e o IDH ajustado à desigualdade. Uma análise comparativa e estatística poderá indicar o caminho para obter as respostas.

O Chile, país com o melhor índice entre os sul-americanos, encontra-se apenas em 40º lugar da lista presente no Relatório de Desenvolvimento Humano da Organização das Nações Unidas (ONU) com IDH avaliado em 0,822, mesmo depois da intensa crise vivida na Europa e na América do Norte. Outra variável é bastante preocupante. Segundo o relatório, considerando-se o IDH em relação à desigualdade, o valor é de apenas 0,661. Com esse referencial, o Chile seria comparável apenas ao Uruguai (50º), Argentina (49º) e ainda ficaria em posição inferior à Montenegro (51º) e Romênia (54º). A Venezuela está na 67ª posição. A Bolívia possui uma situação ainda mais crítica, estando na 113ª posição da tabela com índice de 0,667 e 0,470 (considerando-se a desigualdade). O Brasil está com o índice fixado em 0,744 e 0,542 (79º). Em relação ao primeiro colocado, a distância do Chile é de 0,122 e, se considerada a desigualdade, a diferença sobe para 0,230.⁶

Tais números demonstram que há uma distância significativa para outros países da Europa, da América do Norte e do Oriente, o que *per se* coloca em dúvida a ideia de que o *Welfare State* deveria ser soterrado na América Latina. Nos países citados acima, a promessa do fim da desigualdade social, da garantia máxima da dignidade da pessoa humana e da concretização de todos os direitos sociais nunca se concretizou⁷. De qualquer forma, a desigualdade ainda é absolutamente estrutural nos países latino-americanos, sendo absolutamente impensável abandonar o projeto constitucional de erradicação da pobreza e da desigualdade social. Nesse sentido, Sarmento defende a impossibilidade de desconsiderar o Constitucionalismo social:

No que toca aos direitos sociais, o fim do constitucionalismo social seria moralmente inaceitável em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, caracterizados por grande injustiça social e desigualdade material. Não há, em contextos como o nosso, como subtrair do constitucionalismo um conteúdo social, que imponha, por cima das deliberações da política ordinária, o dever do Estado e da sociedade de reduzirem a miséria e a desigualdade, e possibilitarem a fruição efetiva de direitos fundamentais pelos integrantes dos setores mais vulneráveis da sociedade (SARMENTO, 2014 ,p. 86).

Os próprios Direitos Humanos não se desenvolvem como gerações, mas sim em um

⁶ Reprodução parcial dos dados encontrados no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 03\04\2015.

⁷ Isso não significa, todavia, que a América Latina não tenha crescido, pois segundo o relatório a região tem o maior IDH por região. Além disso, apresentou a maior queda de desigualdade, embora ainda seja a região com mais desigualdade no mundo. Nesse sentido vide: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3912>.

sistema de interações recíprocas e, além disso, em concretizações sobrepostas, nas quais um grupo não excluiu o outro. Há uma “artificialidade da noção simplista da chamada 'terceira geração' de direitos humanos; os chamados direitos de solidariedade, historicamente mais recentes, em nosso entender interagem com os direitos individuais e sociais, e não os “substituem” (TRINDADE, 1990, p. 20).

Tal discussão, que leve em conta uma concepção honesta sobre possibilidades e necessidades de concretização da força normativa implica diretamente nas relação entre as teorias da interpretação jurídica, tendo em vista que a no âmbito da jurisdição – principalmente da jurisdição constitucional – associado a uma concepção pragmática e relativista, pode causar uma ruptura teórica com a concepção de força normativa, fulminando as Constituições da América Latina com uma ineficácia jurídica e social.

Por outro lado, o fenômeno da ineficácia social pode ser abordado através da análise da chamada “constitucionalização simbólica”. Dentro desta perspectiva, insere-se a constitucionalização destinada a corroborar de determinados compromissos dilatórios e a constitucionalização como álibi (NEVES, 1994). Dentro desta perspectiva, busca-se compreender os dispositivos constitucionais que corroboram o modo de viver de determinado grupo, sem contudo promover alterações de relevância normativa. Em segundo lugar, analisa-se normas com manifesto conteúdo dilatório, em que a incorporação de determinados compromissos inautênticos, servindo apenas para adiar a decisão (v.g. inúmeros dispositivos encontrados na Constituição de Weimar). BURDEAU, nesse mesmo sentido, corrobora a ideia de constituição como simbólica⁸, citando como exemplo a incapacidade do parlamento perante a economia (BOUDEAU *apud* NEVES, 1994).

Aqui, pode-se invocar interessante classificação proposta por Loewenstein que leva em consideração a observação das normas constitucionais pelos governantes e governados. Para o autor, existiriam as constituições normativas – que logram ser cumpridas pelos destinatários -, nominais - válidas, mas ainda não tiveram alguns dos seus preceitos incorporados na prática, podendo-se esperar que com o tempo elas adquiram normatividade -, e as semânticas (ou instrumentais)⁹ – mera manifestação do poder para mantê-lo e não para limitá-lo –

⁸ BURDEAU, nesse mesmo sentido, corrobora a ideia de constituição como símbolo, citando como exemplo a incapacidade do parlamento perante a economia (BOUDEAU *apud* NEVES, 1994). Dessa ideia, diferencia-se a visão o LOEWENSTEIN de desvalorização da constituição escrita na democracia constitucional. Tal concepção, referenciava-se à crise constitucional vivida pelos limites fáticos do Direito Constitucional em uma sociedade altamente complexa, v.g. ampliação das tarefas estatais em face da redução da capacidade regulatória do Direito. (NEVES, 1994).

⁹ Marcelo Neves chama essas Constituições de instrumentais, porquanto “o termo semântico é empregado sem quase nenhuma conexão com o seu sentido habitual, podendo contribuir para equívocos. Considerando que elas foram designadas “instrumentos” dos detentores do poder, parece mais adequada a expressão “Constituições

(LOEWENSTEIN *apud* GILMAR, 2014).

As críticas realizadas por Bryde à classificação em epígrafe são importantes para a discussão em epígrafe. Aduz, em síntese, que o objetivo das constituições nominalistas não é (e nunca será) tornar-se efetiva no futuro, porquanto tal processo dependeria dos grupos privilegiados abrirem mão de sua posição privilegiada, não havendo, *a priori*, interesse em uma mudança constitucional (BRYDE *apud* NEVES, 1994).

Dentro desta perspectiva, é importante situar a discussão no tempo e no espaço. Em relação aos países Latino Americanos, é discutível estruturar um projeto de Estado que não albergue concepções sociais.

3 A superação do paradigma e o perigo do relativismo na América Latina. Ainda é necessário pensar na (in)efetividade das normas constitucionais?

Atualmente, há uma busca por discutir as teorias da decisão que dão suporte ao magistrado no ato decisório. Parece ser um consenso de que o juiz não pode escolher “a melhor” decisão, nem mesmo nos ditos *hard cases*. Esse parece ser o mote moderno, originando a teoria da argumentação de Alexy, a teoria procedimental de Habermas e a hermenêutica crítica que foi sistematizada no Brasil pela obra de Streck.

A filosofia, contudo, passa a se preocupar com a teorização sobre o sentido do signo. Levando em consideração as relações entre a linguagem e a realidade, estabelece-se uma distinção entre o sentido e a referência. Frege, influenciado por seu forte saber na área da lógica, propôs uma análise lógica da linguagem. Segundo ele, não temos um conhecimento direto de um objeto, porquanto o que sabemos é o que o autor chama de “proposição”. Assim, rompe com a concepção tradicional de que a proposição era resultado da união entre conceitos com sentidos previamente fixados¹⁰.

Em outra concepção sobre a linguagem, Wittgenstein faz uma teorização sobre os jogos de linguagem. O significado não é estabelecido pela forma da sentença e pela referência de seus componentes, mas pelo uso ou função das expressões linguísticas nos diferentes contextos e

instrumentalistas. (...) As Constituições “semânticas”, ao contrário das “nominalistas”, correspondem à realidade do processo de poder, mas, por outro [lado], em oposição às “normativas”, não têm qualquer reação contrafática relevante sobre a atividade dos ocasionais detentores do poder” (NEVES, 1994, p. 98).

¹⁰ O autor elucida o tema da seguinte forma “Não parto de conceitos para com eles construir pensamentos ou proposições; pelo contrário, obtenho os componentes de um pensamento pela decomposição (Zerfiüllung) do pensamento” (FREGE, 1978, pág. 14).

pelas consequências que produzem em seus usos (WITTGENSTEIN, 1999)¹¹. Há uma manifesta indeterminação do significado. O mesmo tipo de proposição poderá ter, portanto, significados diferentes, em diferentes contextos. Além disso, os próprios jogos de linguagem se caracterizam por sua multiplicidade, considerações que dão o caráter dinâmico da linguagem. Nenhuma investigação da linguagem, portanto, poderia ter a pretensão de definir o significado unívoco de um termo, porquanto os resultados obtidos com a análise seriam voláteis na medida em que teriam sua significante alterada conforma a submissão do signo em outro jogo de linguagem distinto (WITTGENSTEIN, 1968).

Já na ontologia hermenêutica, através de uma crítica à tradição metafísica, presente desde a obra platônica¹², há o desenvolvimento da teoria sobre o ser-aí (*Dasein*). O tempo faz parte da estrutura essencial do Ser. O *Dasein* é ser-possível em uma concepção do futuro. A linguagem é exterior à subjetividade, porquanto não é o ser, mas a linguagem que fala - *Die Sprache spricht*¹³- (Heidegger, 2003). A linguagem, para Heidegger, não é vista como instrumental, mas como morada do ser¹⁴.

Do ponto de vista hermenêutico, nunca haverá um esgotamento semântico. Isso, contudo, não significa que a linguagem é apenas imprecisa, mas que ela permanece sempre aquém do que comunica. O sentido só é preenchido quando é determinado pelo contexto.

(...)a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela representa. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala. (...) A expressão de linguagem não é simplesmente imprecisa, algo que precisa ser melhorado, mas justamente o que, realizando suas possibilidades, permanece sempre e necessariamente aquém do que evoca e comunica. (...) duas formas em que o dizer movimenta-se para trás de si mesmo: o que no dizer permanece não dito, tornando-se porém, presente como não-dito no dizer, e além disso o que no dizer se encobre. (...) o sentido de todas essas formas de enunciado, da maldição à benção, só pode ser preenchido quando recebe de um contexto de ação sua determinação de sentido. Uma vez que a circunstância do seu dito pede para ser elaborada na compreensão, não é possível negar que também essas formas de enunciado possuem o caráter da ocasionalidade (GADAMER, 2002, p. 209-211).

¹¹ Segundo o autor, “Quantas espécies de frases existem? Afirmação, pergunta e comando talvez? – Há inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de “signo”, “palavras”, “frases”. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, nascem e outros envelhecem e são esquecidos”. (WITTGENSTEIN, 1999, pág. 35-36).

¹² Heidegger teria realizado uma releitura da “Alegoria da Caverna de Platão (na obra República). Nesse viés, há uma alteração no sentido de verdade para os gregos (*alétheia*), que passa a significar o início do desenvolvimento da tradição metafísica ocidental. O sentido original - manifestação do Ser -, passa a ser considerado como fruto de uma necessária adaptação da visão à nova realidade, para que possa ter a visão com mais correitude (*orthótes*). Tal concepção daria início à tradição metafísico - adequação do olhar ao objeto -. (MARCONDES, 2009).

¹³ Tradução livre: A linguagem fala.

¹⁴ Nas palavras do autor: “a linguagem é a casa do ser manifestada e apropriada pelo ser e por ele disposta. Por isso, trata-se de pensar a essência da linguagem a partir da correspondência ao ser enquanto correspondência”. (HEIDEGGER, 2005, pág. 27).

Luis Alberto Warat já demonstrava que muitos dos discursos transmitidos pela dogmática jurídica não passavam de construções retóricas postas a serviço de uma ideologia (paixão que pressupõe a renúncia ao prazer de pensar). Nunca acreditou na existência de “um significante primeiro”, uma metafísica garantia de referência unívoca ao significado (WARAT, 1996).

Nesse quadro, haveria um senso comum teórico dos juristas, ou seja um conjunto de valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais e incorporadas à prática, mesmo que sem compromisso teórico e crítico pela parte dos juristas (WARAT, 1994).

Os juristas sustentam a eficácia social da lei na ficção de seus sentidos. Uma lógica compulsiva da pura aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, retroativamente, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação. Se salva assim a pureza da lei e recusa-se a produção de subjetividade seu valor jurídico. (WARAT, 1996, p. 27).

A dogmática jurídica hoje, “escolhe” uma interpretação que considera como correta (ignorando completamente a filosofia do direito, mormente pelas considerações da virada linguística)¹⁵. Com esse fetichismo dogmático, alcança-se um desejo sombrio de liberdade decisória perante a lei, prescindindo de uma análise correta do decidir. Na verdade, ao realizar-se uma genealogia do discurso subjacente à decisão, será possível descortinar inúmeras variáveis não expressamente expostas pelo discurso, o que de *per se* já viola a exigência de publicidade e fundamentação das decisões previstas na CRFB/88. É a malfadada expressão “escolho os resultados para depois escolher a teoria”, quase um brocardo jurídico nos dias de hoje.

Juízes devem (deveriam) guiar-se hermeneuticamente pela Constituição. Parece óbvio, mas o senso comum dogmático fetichista insiste em inverter a lógica da interpretação jurídica, querendo definir *a priori* resultados, o que está em absoluto confronto com a norma hierarquicamente superior. A resposta adequada é aquela que respeita os parâmetros constitucionais e não a consciência do intérprete (livre convencimento motivado), endeusada através de uma teoria da decisão que aposta na discricionariedade do magistrado para definir o resultado (STRECK, 2010).

¹⁵ Nesse sentido, Streck aduz que “no âmbito da dogmática jurídica, há uma constante busca do “correto” sentido, um sentido “dado”, um “sentido-em-si”, ou, no inverso, “um qualquer sentido construído solipsisticamente”, tudo está a indicar que Warat continuou, de forma incansável, em guerra com os diversos positivismos e com a dogmática jurídica, enfim, contra aqueles que, atribuindo à linguagem um papel absolutamente secundário, acreditam que, de um lado, é possível buscar um sentido que esteja na norma”. (STRECK, 2012).

Pensar de forma diferente seria inquirir a Constituição de ineficácia social. O desenvolvimento social não ocorre de maneira caótica. A sociedade se organiza objetivamente para construir um ambiente harmônico entre as múltiplas vontades a fim de desenvolver a perfeição humana. A comunidade ou sociedade tem uma realidade relacional de caráter prático. Consiste em interações dos homens ordenadas a consecução de um propósito comum, tendo em vista um bem comum.

O bem humano é um bem comum, cuja a consolidação é responsabilidade de todos os entes da comunidade e a participação é um direito estrito de todos os integrantes. Não há dúvida de que a participação política é essencial na consolidação desse processo. Na realidade, os maus entendidos acerca dos direitos sociais tem duas fontes principais:

A primeira delas consiste na confusão entre o estritamente jurídico e o político; por esta confusão se outorga o caráter de direitos estritos aos que não são, se não objetivos da política social, aspirações de toda a comunidade política que os governos tem o dever de promover, porém por não se tratar de condições absolutamente necessárias para o bem humano comum, não pode ser objeto do direito. A segunda dessas fontes de erro está na visão reducionista e individualista da vida social, em que os únicos bens possíveis são os particulares e a finalidade do governo é somente harmonizá-los; isto é contraditório, já que ao menos essa harmonização dos bens particulares é um bem comum e, portanto, não pode sustentar-se coerentemente a existência de meros bens privados (HOFFE, *apud* MASSINI CORREAS, 2005, p.183).

Segundo José Ricardo da Cunha, a análise da pobreza estrutural e sistêmica que assola o mundo gerando uma desigualdade radical e níveis intoleráveis de vida pode ser resumida nos seguintes aspectos:

(1) É praticamente impossível para quem está em estado de pobreza absoluta mudar a própria situação por vias lícitas. (2) A maioria das pessoas que está em situação melhor de vida não consegue se colocar na situação daquelas que estão em piores condições e não possui a mínima ideia do que é viver de forma totalmente degradante. (3) Essa desigualdade radical não diz respeito apenas a renda e consumo, mas a todos os aspectos da vida social, como acesso às belezas naturais ou produções culturais e artísticas. (4) A desigualdade radical acarreta diferentes formas de violência que se manifestam difusamente na sociedade, mas atingem com mais crueldade exatamente os mais empobrecidos, que são duplamente penalizados. (CUNHA, 2011, p. 219).

Nesse sentido, afirma-se que o Estado de Direito (qualquer um deles) não apenas fracassa, mas apresenta-se como Estado de não Direito e a soberania da lei desaplica a si mesma, abandonando o cidadão diante do ordenamento jurídico que não prescreve nada além de da sua vigência vazia e sem sentido:

Abandonar é remeter, confiar ou entregar a um poder soberano, e remeter, confiar ou entregar ao seu bando, isto é, à sua proclamação, à sua convocação e à sua sentença. Abandona-se sempre a uma lei. A privação do ser abandonado mede-se com o rigor sem

limites da lei à qual se encontra exposto. O abandono não constitui uma intimação a comparecer sob esta ou aquela imputação da lei. É constrangimento a comparecer absolutamente diante da lei, diante da lei como tal na sua totalidade. Do mesmo modo, ser banido não significa estar submetido a uma certa disposição da lei, mas estar submetido à lei como todo. Entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado fora de qualquer jurisdição. (NANCY *apud* AGAMBEN, 2004, p. 66).

A construção da ineficácia constitucional, perpetrada por interpretações que se espriam em valores absolutamente estranhos aos países subdesenvolvidos, envolve o fetiche desarrazoado ao senso comum teórico, sem que haja uma estruturação cognitiva axiológica baseada no lugar do qual se fala e, principalmente, para o lugar de que se fala.

Fica-se, assim, com teorias reluzentes, mas um vazio social preocupante.

5 Conclusão

Tendo em vista o exposto, o presente artigo buscou analisar as promessas não cumpridas da modernidade a partir da irrealização do *Welfare State* na América Latina. Dessa forma, problematizou-se os direitos humanos sob a ótica do campo do Direito Natural e das Ciências Sociais, bem como sua positivação nos ordenamentos jurídicos dos Estados da América Latina.

A construção dialética da modernidade e o aparecimento das constituições liberais, sobretudo do século XVIII, trouxe ao debate o caráter universal, igualitário e principiológico dos direitos humanos, entendidos, em um primeiro momento, como essencial a todos os homens e *a posteriori* como resultado de uma construção histórica e contingente, definido pelas suas relações sociais com a comunidade local.

Com a não superação do constitucionalismo social, em decorrência dos déficits no cumprimento dessas demandas, (v.g. não concretização do direito à saúde, à moradia e à cidadania), tornou-se inevitável assinalar que a cada ano, torna-se maior o abismo entre a vontade popular e as decisões políticas por ocasião da manutenção do *status quo* da ordem jurídico-constitucional.

Em razão disso, torna-se importante a análise da linguagem e da Constituição como construção jurídico-política de ineficácia, por meramente incorporar o rol dos Direitos Humanos, sem que haja um questionamento crítico sobre sua efetivação. Além disso, a questão suscita o questionamento sobre a supremacia da última palavra hermenêutica pertencer à Corte Constitucional, em detrimento da apropriação do significante e significado da palavra pelo povo, verdadeiro detentor do poder constituinte.

Notadamente, a partir da análise da estrutura do Estado de Direito liberal e contratualista e a sua transição para o *Welfare State*, procurou-se realizar um diagnóstico político-social, bem como jurídico do atual cenário das relações de poder na América Latina ao apontar os principais desafios para se evitar que a democracia esconda a concretização de direitos sociais.

Dessa forma, evidenciou-se a vertente liberal dos Direitos Humanos e a exclusão dos direitos sociais no âmbito da efetividade das normas constitucionais ao alertar para o uso programático e relativista que impede a promoção, de fato, da dinâmica dos Direitos Humanos na vida social da comunidade.

Além disso, ressaltou-se a importância do uso da linguagem para superar essa crise, sobretudo na dinâmica do Poder Judiciário em sede dos direitos humanos. Por fim, faz-se necessário ouvir a interpretação da Constituição a partir da voz popular. A Corte Constitucional, é antes de tudo, resultado da soberania popular e não pode ser apropriada politicamente por interesses escusos à concretização dos direitos sociais.

Referências

Livros e revistas

ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência, através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGAMBEN, G. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte. UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1978.

BONAVIDES, Do Estado Liberal ao Estado Social. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, J.R., Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- D'AGOSTINHO, F. Filosofia Del Derecho. Bogotá: Editorial Temis S.A Colombia, 2007.
- FALBO, Ricardo Nery. Direitos Humanos, Ciências Sociais e Poder Judiciário. Direito e Práxis, vol. 02, n.01, 2011.
- FARIA, J.E. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREGE, Gottlob. Lógica e Filosofia da Linguagem. Introdução, tradução e notas de Paulo Alcoforado. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. da USP, 1978.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.
- HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: Uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LUCAS, Fábio. Conteúdo social mas Constituições brasileiras. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências econômicas, 1959.
- LYOTARD, J.-F. A condição pós-Moderna. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.
- MARCONDES, Danilo. Texto básicos de linguagem: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- MASSINI CORREAS, C.I., Filosofia Del Derecho: El Derecho, Los Derechos Humanos y El Derecho Natura. Tomo I. 2.ed. Bueno Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994
- QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. Teoria do Estado, o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra do desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio L. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luís Alberto Warat. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012_42.08. Acesso em: 01/02/2015.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Chicago public Law & Legal Theory Working Papers Series, nº. 28, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Questão da Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 71, jul. 1990.

VASCONCELOS, Arnaldo. Direito, Humanismo e Democracia, São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004

HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. Carta sobre o humanismo. 2.ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005.

WARAT, L.A. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WARAT, L.A. Por quien cantan las sirenas. Joaçaba: Unoesc/CPGD-UFSC, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein). Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

Sites:

<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>. Acesso em: 03/04/2015.

<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3912>. Acesso em: 01/04/2014.