

INTRODUÇÃO

Na edição de 16 de março de 2015 da revista *The New Yorker*, o professor de história americana na Universidade de Harvard, Jill Lepore, produz um interessante ensaio em que se pergunta pelo nível de desigualdade que pode ser suportado por uma democracia. A pergunta é, de fato, interessante porque recupera um debate que, de tempos em tempos, acaba por centralizar as preocupações de juristas, economistas, filósofos e cientistas sociais: afinal, liberdade e igualdade são ideais políticos que estão sempre em conflito? Uma sociedade de cidadãos livres deve relegar a um segundo plano a igualdade? Ou, por outro lado, a sociedade igualitária, necessariamente, trairia a liberdade de seus cidadãos?

No texto, Lepore realiza uma revisão de um conjunto de livros de importantes autores que manifestam uma preocupação comum com relação às nossas atuais democracias: em todas elas pode ser observado um movimento de aumento nos níveis de desigualdade socioeconômica.¹ Partindo da **Escala Gini**² - que mede a intensidade da desigualdade de renda numa escala de zero a um - o autor afirma que, enquanto no período de 1947 a 1968 o índice da desigualdade de renda nos Estados Unidos foi pressionado para baixo, chegando a .386 (menor marca da história), dados mais recentes mostram que, desde 1975, é possível assistir a uma trajetória ascendente desse mesmo índice chegando, em 2013, a .476.

Mesmo na Europa, onde os índices de desigualdade são menores do que estes observados nos Estados Unidos, é possível verificar um crescimento da distância que separa o chamado **1% mais ricos** das demais classes sociais. Assim, em um movimento novo desde a década de 50 do século XX, temos uma vala intensa e visível a separar as classes baixas e médias daquelas portadoras de grandes fortunas. No caso, é importante destacar que os dados relatados, bem como a obra dos autores consultados por Lepore, indicam que o crescimento diz respeito ao tamanho do fosso social e não, ao aumento efetivo de pessoas ou grupos possuidores de grandes fortunas.

Tais constatações e a preocupação para com o enfrentamento dos problemas que daí podem emergir são notados, com peculiaridades próprias de cada autor, nas obras de Joseph Stiglitz (*The Price of Inequality*), Robert Putnam (*Our Kids: The American Dream in Crisis*) e, naturalmente, em Thomas Piketty (*O Capital no século XXI*).

¹ Para referência completa do texto, Cf. LEPORE, 2015.

² Em referência ao italiano Conrado Gini, criador do padrão estatístico utilizado pelo *The United States Census Bureau* para calcular a desigualdade de renda nos Estados Unidos desde 1947.

Há um considerável consenso em torno da conclusão que aponta para um *déficit* de legitimação das democracias ocidentais – cujo exemplo maior seria os Estados Unidos – na medida em que esses índices de desigualdade aumentam de forma exponencial.³ Por mais que tais regimes políticos estejam assentados em uma economia de livre mercado marcada pela competitividade, o recrudescimento da desigualdade produz um impacto negativo naquela dimensão que podemos nomear como **fundamentos morais da política**. Entre vários argumentos que poderiam ser perfilados para explicar essa questão, podemos mencionar aqui o sentimento difuso de que essas pessoas que compõem essa pequena faixa privilegiada da população mundial acaba se diferenciando dos demais não apenas pelo poder econômico, mas, também, no que tange à submissão às regras jurídicas. Portanto, a ideia de igualdade de consideração e respeito, que de forma reducionista é pensada como igualdade perante à lei, passa a ser vilipendiada na medida em que, pelo contexto apresentado atualmente pelo estágio da chamada globalização econômica, as grandes riquezas não respeitam mais as imposições, de tributação e condicionamentos de condutas, realizadas pelo Estado nacional.

O objetivo do presente texto é demonstrar que o crescimento da desigualdade socioeconômica não representa um problema exclusivo daquilo que o pensamento jurídico tradicionalmente chama de **igualdade material**⁴, afetando também o núcleo da chamada **igualdade formal**, ligada mais diretamente aos direitos civis e políticos. Vale dizer, enquanto ideais abstratos, uma democracia liberal não pode conviver de forma íntegra e coerente com desigualdades excessivas, principalmente quando elas começam a lesar o âmago moral de tais regimes, que é a igualdade de oportunidades e a igualdade de consideração e respeito.⁵ A hipótese de trabalho, portanto, é a seguinte: **existe uma correlação necessária entre**

³ Nas palavras de Lepore (2015): “*Political scientists are nearly as likely to study economic inequality as economists are, though they’re less interested in how much inequality a market can bear than in how much a democracy can bear, and the general thinking is that the United States is nearing its breaking point.*” (Cientistas políticos estão, provavelmente, tão aptos a estudar as desigualdades econômicas quanto os economistas, embora eles estejam menos interessados em quanta desigualdade um mercado pode suportar do que em quanta desigualdade a democracia pode suportar, e a opinião unânime é a de que os Estados Unidos estão se aproximando de seu ponto de ruptura. Tradução nossa).

⁴ Neste sentido, por todos, Cf. BANDEIRA DE MELO, 2002, *passim*.

⁵ Ronald Dworkin, falando desde uma perspectiva do liberalismo político, afirma que “qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”. E, mais adiante, o jusfilósofo estadunidense explica melhor sua afirmação para conformar a questão não por meio de um raciocínio conflituoso entre liberdade e igualdade, mas, sim, de um argumento que dê conta de certa unidade de valor, *in verbis*: “faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos. Qualquer pessoa que aceita esse princípio abstrato aceita a igualdade como ideal político, embora a igualdade admita concepções distintas, essas concepções distintas são adversárias de tal princípio. Assim, quem pensa que a liberdade e a igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos.” (DWORKIN, 2005, p. 168-169).

igualdade e liberdade que, longe de torná-los conceitos opostos e contraditórios entre si, aponta para uma ideia de interdependência.

Para demonstrá-la, optamos, primeiramente, por recuperar o sentido histórico da afirmação das liberdades e sua lógica de movimentação entre indivíduo, sociedade e Estado para, posteriormente, apresentar a fórmula da cidadania tal qual descreve T. H. Marshall.

No que tange à primeira parte, foi escolhida a obra de Maurizio Fioravanti como escólio fundamental do trabalho. Isso porque a tipologia criada por este autor nos permite compreender melhor a heterogeneidade que existe em torno daquilo que pode ser nomeado como **culturas das liberdades**. Essa análise é particularmente importante para percebermos que, de um ponto de vista jurídico, é peculiarmente difícil encontrar um ideal abstrato de liberdade que possa ser afirmado independente das relações entre Estado e sociedade. Tais questões dependem, inexoravelmente, de um ajuste cultural que afasta, de plano, qualquer ideia naturalista a respeito da liberdade.

Na segunda parte, o **retorno a Marshall** anunciado no título deste artigo, permite-nos averiguar o modo como liberdade e igualdade se relacionam no contexto da construção inglesa da cidadania. Nesse aspecto, é importante ter presente que Marshall, ainda no início da década de 1950, já procurava apontar para uma dimensão não excludente, do ponto de vista sociopolítico, entre igualdade e liberdade. Por certo que, em uma sociedade capitalista, a desigualdade, principalmente econômica, será, de certo modo, inevitável.

Todavia, essa impossibilidade de uma igualdade distributiva plena não implica a conclusão de que a consideração da igualdade enquanto valor democrático seja menos importante do que a liberdade. Com efeito, de forma similar ao que, contemporaneamente, preconiza Ronald Dworkin⁶, o argumento esgrimido por Marshall aponta para uma espécie de conciliação entre liberdade e igualdade no ponto de estofamento representado pelo conceito de cidadania. Com efeito, a cidadania, tal como descrita por ele, aparece como um *status* político universalmente atribuído aos participantes de uma comunidade política democrática e preenchido por um complexo quadro de direitos (civis, políticos e sociais), acoplados paulatinamente ao *status* de cidadania.

O conceito apresentado por Marshall, portanto, é mais abrangente e significativo, indo muito além daquele velho modelo empregado pelo Direito que observa a cidadania a partir da simples relação de nacionalidade, do exercício dos direitos políticos e do controle da administração pública por meio do direito de petição e, no caso brasileiro, da Ação Popular,

⁶ Cf. DWORKIN, 2006, *passim* e 2010, pp. 149-165.

possuindo como elemento nuclear a questão da igualdade política que depende, intimamente, da concretização de direitos sociais, principalmente o direito à educação.

Por fim, nossa análise cuidará de efetuar algumas considerações sobre a realidade brasileira tendo como fio condutor o problema da cidadania, na forma como a retratou José Murilo de Carvalho. As dificuldades para afirmação da cidadania no Brasil, presente nos trabalhos de autores como Lenio Streck, Gilberto Bercovici e Marcelo Neves levam-nos à conclusão de que, no Brasil, alguns dos problemas que hoje parecem atingir uma escala global, já podiam ser verificados em face das gigantescas desigualdades que caracterizam nossa história.

1 A CULTURA DAS LIBERDADES: O SENTIDO JURÍDICO E AS VICISSITUDES DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS NO CONTEXTO DOS ESTADOS LIBERAIS

Maurizio Fioravanti, em sua obra *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*, apresenta uma tipologia para perscrutar a afirmação dos direitos (liberdades) no contexto da formação dos Estados liberais modernos. O autor traçou três modelos teóricos (o historicista, o individualista e o estatalista), com fulcro na interdependência e influência recíproca dos fatos históricos, políticos e jurídicos, para fundamentar o desenvolvimento da **cultura das liberdades**.

Neste ponto, é oportuno esclarecer o sentido pretendido pelo autor ao utilizar a expressão **liberdades**. O termo nos remete a um conceito tradicional no âmbito jurídico: o de **liberdades públicas**, que compreende as **liberdades civis em sentido próprio**, abrangendo a proteção contra qualquer privação arbitrária da liberdade pessoal e da propriedade, e as **liberdades econômicas e políticas**, que abarcariam o conceito de autodeterminação econômica (*i.e.* a liberdade de exercício da atividade econômica, de escolha da profissão, de livre disposição sobre os bens etc.), bem como o direito de participação do indivíduo no processo político e na formação da opinião pública (LOEWNSTEIN, s/d, p. 391).

No entanto, adotaremos, em consonância com o entendimento de Fioravanti, uma concepção mais moderna de liberdades públicas, considerando que elas se projetam sobre as três dimensões da vida de um indivíduo: a **civil**, a **política** e a **social**, de modo que correspondem, respectivamente, às **liberdades clássicas ou negativas**; à **liberdade-**

participação, fundamento da ordem democrática; e às **liberdades positivas**, também denominadas **liberdades reais ou concretas**, vinculadas aos **direitos econômicos e sociais**.

Portanto, as **liberdades públicas**, na acepção desta pesquisa, englobam as **liberdades civis**, as **políticas** e os **direitos sociais**, consoante o entendimento de T. H. Marshall de que cidadania seria o conjunto de direitos civis, políticos e sociais. A seguir, passaremos a analisar cada um dos modelos propostos por Fioravanti, a fim de compreender o processo de concretização da cidadania no mundo ocidental, em especial, em nosso País.

1.1 O MODELO HISTORICISTA

A reconstrução historicista das liberdades clássicas abrange o período de transição da Idade Média, marcada pelas relações contratuais de fidelidade e proteção entre senhores feudais e servos, para a Idade Moderna, desde o nascimento dos Estados Absolutistas até as Revoluções Liberais e Declarações de Direito. Sob esta ótica, as liberdades não se constroem pela mera atuação dos poderes constituídos na elaboração das leis, mas pela lenta e gradual evolução histórica e política dos povos, em consonância com o espaço e a época correlatos.

Fioravanti desmistifica a noção amplamente difundida de que direitos e liberdades são frutos de uma concepção moderna de Estado, que, por meio de normas gerais e abstratas, de natureza pública, fixa-lhes o conteúdo e o alcance. Afirma que, na época medieval, embora não houvesse um sujeito político titular das funções de *imperium* e dotado de capacidade normativa (eis que o poder estava extremamente fragmentado entre vários sujeitos da escala hierárquica, desde os poderosos senhores feudais até os mais simples cavaleiros), havia sem dúvida situações de liberdade juridicamente protegidas por um direito objetivo, radicado nos costumes e na **natureza das coisas**, a que denomina *ius involuntarium*.

É certo que, na Idade Média, em razão da condição adquirida pelo nascimento, o servo estava obrigado a ser fiel a um senhor que, por sua vez, era obrigado a lhe proteger, bem como seus bens e sua família. Ainda que não houvesse sanção para o descumprimento deste **contrato**, ou mesmo, um terceiro neutro (Estado-juiz) para julgar como o senhor cumpriu os seus deveres de proteção, infringir as regras existentes ocasionaria um legítimo **direito de resistência**, isto é, a possibilidade de cada um autonomamente reclamar seus direitos, estabelecidos pelo uso e pelo tempo, mais precisamente pela força normativa dos costumes.

Isto porque, à época, a organização das relações políticas se dava por meio dos **contratos de dominação**⁷, baseados na prática de *consilium* e *auxilium*, isto é, por meio das normas estabelecidas pelos senhores feudais sobre suas vastas propriedades territoriais, com o auxílio das forças corporativas mais organizadas, tendo como pressupostos os deveres de fidelidade e de auxílio mútuo. Este arranjo político reforçava as esferas de domínio dos senhores e, ao mesmo tempo, garantia certos direitos e liberdades aos representantes mais poderosos das estratificações sociais. É na Idade Média, portanto, que se constrói a tradição europeia da necessária limitação do poder político de *imperium*.

Neste ponto, Fioravanti faz uma interessante constatação: dos contratos de dominação medievais nascem as assembleias políticas, com a função de colaborar com os senhores na gestão do poder. Todavia, devemos ter em mente que elas não se assemelham com o atual modelo de representação eletiva e democrática, nem sequer refletiam o exercício de direitos políticos (as chamadas **liberdades positivas**) - antes, estavam relacionadas às **liberdades civis ou negativas**, traduzida na custódia zelosa dos direitos de natureza patrimonial da classe que participava das assembleias.

Na verdade, os indivíduos dos estratos sociais mais imponentes não representavam povo algum, mesmo porque não existia tal sujeito coletivo, nem pretendiam estabelecer junto aos senhores quais leis seriam cumpridas em seu território, eis que o *ius involuntarium* radicava na ordem natural das coisas e não dependia de ninguém para ser constituído - representavam, pois, seus próprios interesses, ou melhor, zelavam por seus direitos relacionados à liberdade pessoal e à propriedade. É por este motivo que o modelo historicista ressalta que é na Idade Média que estão as raízes da liberdade enquanto autonomia e segurança, como tutela dos próprios direitos e dos bens.

Deste modo, podemos até vislumbrar um esboço de liberdades na sociedade medieval, com a ressalva de que os direitos tinham uma estrutura corporativa, isto é, podiam ser exercidos apenas em razão do pertencimento do indivíduo ao feudo, sendo assim estritamente locais⁸, bem como estavam fundamentados na **ordem natural das coisas**, ou seja, na história e no transcurso do tempo. Tudo isto é incompatível com a dimensão moderna de liberdade, entendida como a livre expressão da vontade e de caráter universal, mas não implica na ausência de tutela jurídica - o homem medieval tinha seu próprio modo de garantir *iura e libertates!*

⁷ Um dos exemplos mais conhecidos é a *Magna Charta Libertatum* (1215), origem das regras que compõem o *due process of law* (devido processo legal), ao proibir qualquer arresto arbitrário, e da *law of the land* (lei do país), bem diferente da **ordem natural das coisas** que vigorava no restante da Europa medieval.

⁸ Daí, não se poder falar em cidadania na Idade Média, que é, por definição, nacional.

A **Inglaterra**, por sua forte tradição de primazia das liberdades civis ou negativas, é o país escolhido por Fioravanti para exemplificar a visão historicista na construção conceitual das liberdades públicas.

A história constitucional inglesa demonstra que é possível uma transição gradual da ordem medieval para a moderna, consolidando e ampliando a gama de direitos existentes, sem que houvesse, para tanto, um **momento constituinte**, isto é, a instauração de um poder soberano do povo para projetar uma ordem constitucional garantidora destas esferas de liberdade. Coube, antes, à jurisprudência por meio da *common law* a elaboração das regras de tutela das liberdades que, com o passar dos séculos, adquiriram um caráter de **núcleo duro de direitos**, dos quais não poderia dispor o poder político.

A fim de tutelar melhor as liberdades civis, floresceram em caráter acessório as liberdades políticas: na Inglaterra, desenvolveu-se uma prática eletiva parlamentarista muito antes de qualquer outro país europeu. Graças à fórmula *King in Parliament* e ao princípio dos *checks and balances*, havia uma composição equilibrada no governo britânico das três ordens políticas: a Monarquia, os Lordes e os Comuns. Sua finalidade era evitar decisões despóticas e impedir que apenas uma delas definisse as características do modelo político. Nasce, então, a concepção de governo moderado e limitado que perdura até os dias atuais.

Deste modo, o modelo historicista e o constitucionalismo inglês privilegiam a experiência histórica de construção prudente e gradual das liberdades públicas, prescindindo de qualquer instrumento coletivo (como a figura do Estado ou a vontade geral do povo) para instaurar a ordem jurídica e social. Passaremos, agora, à análise do próximo modelo.

1.2 O MODELO INDIVIDUALISTA

O ponto diferencial entre a cultura historicista e a individualista é a natureza de sua relação com o passado medieval: enquanto aquela atribui ao Medievo o surgimento da tradição europeia de governo moderado e limitado, destacando a importância do legado medieval para o constitucionalismo moderno; esta enxerga a conexão entre a Idade Média e a Moderna como uma **ruptura de época**, isto é, para o aperfeiçoamento dos direitos individuais e de sua tutela, foi necessária a progressiva destruição da ordem feudal e estratificada de governo e de sociedade, porque afrontava a ordenação do direito em sentido individualista.

Segundo Fioravanti (2009, p. 36), por **ordem feudal e estratificada**, se entende:

Aquel tipo específico de orden, característico del medioevo, en cual los derechos y los deberes son atribuidos a los sujetos según su pertenencia estamental. Tenemos así no sólo la imposibilidad lógica, además de histórica, de los derechos del hombre, o del ciudadano, o de la persona, abstractamente entendidos, sino también un derecho que concretamente impone regímenes jurídicos distintos según da pertenencia estamental: una propiedad de los nobles, una de los burgueses-ciudadanos y una de los labriegos; un testamento de los primeros, de los segundos y de los terceros, distintos entre sí; y así sucesivamente para todas las formas jurídicas que los sujetos utilizan en su vida de relaciones jurídicamente relevantes.

A concentração do *imperium* (i.e., do poder político na figura do Estado) contribuiu para a referida destruição da ordem feudal, pois, ao subtrair da nobreza o exercício das funções políticas (de julgar, coletar impostos e administrar), livrou os indivíduos de suas antigas sujeições e garantiu-lhes o direito de rechaçar toda autoridade distinta do Estado, único titular da capacidade normativa e de coação, elevando-os da condição de servos a de titulares de direitos.

Sob a perspectiva individualista, também tiveram papel fundamental nesta ruptura as Declarações Revolucionárias de Direitos, frutos da concepção jusnaturalista de **estado de natureza**, caracterizado por direitos inatos de liberdade e igualdade. E o país em que se construiu o direito moderno de base individualista mais típica foi a **França**, com sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no âmbito público, e seu Código Civil napoleônico (1804), no âmbito privado.

Neste ponto, cabe destacar severa crítica de Fioravanti ao modelo individualista que, ao privilegiar a Idade Moderna como berço das liberdades públicas, parece esquecer-se de que, neste período, primeiro sob a égide dos Estados Absolutistas e, depois, sob o amparo do legislador revolucionário, houve a mais formidável concentração de poder já conhecida.

Outro aspecto relevante é que as doutrinas individualistas se fundamentam no **contratualismo** e, nisto, reside outra diferença com os historicistas: para estes, a associação política é produto dos **ajustes prudentes da história** e ao povo cabe, frente a um governo tirânico, exercer o papel restaurador da soberania, reconduzindo o governo a um caminho moderado e equilibrado; sob a lógica individualista, a ordem política funda-se sob a vontade dos indivíduos, com o consenso dos cidadãos, que decidem se submeter a uma autoridade comum (o Estado), a fim de que sejam asseguradas as esferas de liberdade de cada um.

Em virtude da importância que assume a figura do Estado na cultura individualista, seja no combate aos privilégios da ordem feudal, seja como instrumento de garantia dos direitos e liberdades, são oportunos alguns esclarecimentos para que não se confunda este modelo com o estatalista.

Na ótica individualista, vigora a **presunção de liberdade**, ou seja, as liberdades são potencialmente indefinidas, salvo sua legítima limitação por parte da lei. Isto significa que o exercício das liberdades pode ser restringido apenas pelo legislador e não, por qualquer autoridade pública, e que os limites legais somente podem ter uma justificativa: a garantia do gozo dos mesmos direitos a todos os membros da sociedade. Desprezam-se concepções de **bem comum, interesse geral** etc., pois há uma valorização do indivíduo enquanto tal, que poderá agir, dentro do domínio da lei, para atingir seus objetivos.

A segunda diferença entre os dois modelos - individualista e estatalista - é em relação ao **poder constituinte**. Se, para o primeiro, a sociedade civil é anterior ao Estado, ao qual incumbe apenas reconhecer direitos e liberdades pré-existentes; para o segundo, a sociedade de indivíduos politicamente ativos nasce somente com o Estado, que é condição necessária para o exercício das liberdades e direitos.

Deste modo, só é possível a existência de um poder constituinte sob a perspectiva individualista, pois antes de se produzir o *pactum subiectionis*, por meio do qual os indivíduos se submetem à autoridade estatal, haveria um *pactum societatis*, em razão do qual nasce a sociedade que, por sua vez, se articula para exercer o poder constituinte (*i.e.*, produzir uma Constituição) a fim de fundar um certo tipo de ordem política (FIORAVANTI, 2009. p. 42).

Passaremos, então, a analisar o modelo estatalista de construção das liberdades públicas.

1.3 O MODELO ESTATALISTA

Como dito anteriormente, tanto o modelo individualista quanto o estatalista enxergam a formação do Estado moderno como **fruto da vontade dos indivíduos**, em razão da necessidade de obterem maior segurança na tutela de seus bens e da própria pessoa, porém **este último não admite a existência de direitos naturais que precedem ao direito positivado pela entidade política:**

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es “bellum ómnium contra omnes” significa necesariamente sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno. (FIORAVANTI, 2009, p. 48).

Consequentemente, a sociedade que decide se submeter à autoridade estatal deixa de ser, a partir deste exato momento, uma mera multidão incapaz de se expressar politicamente e converte-se em **povo** ou **nação**, cuja representação unitária compete ao Estado soberano. Vê-se que a própria decisão de fundar o Estado é condição necessária para a existência do corpo político e também não há qualquer transmissão de poderes.⁹

Além disto, a doutrina estatalista critica a tendência contratualista adotada pela individualista, enxergando uma indevida confusão entre direito público e privado, entre *dominium* e *imperium* no que se refere à criação do Estado, pois o contrato é uma figura típica e exclusiva do direito privado, em que as partes oferecem vantagens recíprocas e assumem um compromisso mútuo, não sendo apto para gerar obrigações públicas e políticas.

O pacto, por sua vez, seria o instrumento mais adequado, por ser um ato de subordinação unilateral, não negociável, irreversível e total, por meio do qual todos se submetem simultaneamente ao sujeito investido do monopólio de *imperium* - o Estado. Adverte Fioravante (2009, p. 50): “*Solamente con el **pact** se logra por fin liberar al ejercicio del poder constituyente de toda influencia de carácter privado, situándolo completamente en el plano de la **decisión política**.*” (grifos no original).

Por fim, o modelo estatalista diferencia-se dos demais no que tange ao binômio **liberdade-poder**: nele, ambos nascem juntos, no instante de criação do Estado, já que direitos e liberdades são o que a lei estatal determina que sejam - não há sociedade nem direitos de indivíduos anteriores à constituição do poder político soberano.

Fioravanti não nos dá exemplo de um país que se enquadre neste modelo de construção das liberdades públicas, mas ousamos dizer que o **Brasil** serve bem a tal propósito. Vejamos: não possuímos uma tradição histórica de construção sensata e gradual de liberdades públicas, nem tivemos grandes revoluções sociais que culminaram em transformações profundas nas ordens política e jurídica. Os direitos aqui consagrados são resultado da ordenação estatal que ora alarga o rol, ora o diminui, conforme a orientação política dominante e os fins que almeja. O que impede o total arbítrio do Governo e do Parlamento, limitando seus poderes, é a **Constituição**, que assume relevante papel nas sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, cabe salientar que tais modelos têm o intuito de demonstrar que não houve uma evolução linear, uniforme nem idêntica das liberdades públicas em todos os países

⁹ Exemplifica Fioravanti (2009, p. 51): “[...] *cuando el ciudadano elige a sus representantes, no les transmite los poderes que tiene originariamente, sino que ejerce una función: la de designar, por interés público y sobre la base exclusiva del derecho positivo estatal, a los que tendrán el deber de expresar la soberanía del Estado en forma de ley.*” (grifos no original).

do mundo - a realidade de povo lhe é peculiar, não podendo ser aceitas generalizações como se fossem fórmulas mágicas a explicar tudo!

2 UM NECESSÁRIO RETORNO À T. H. MARSHALL: A IGUALDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA CIDADANIA

T. H. Marshall, referindo-se ao ensaio *The future of the working classes* (1873), de Alfred Marshall, que se propõe a examinar o problema da igualdade social sob o ângulo do custo econômico, afirma que nele se encerrava uma hipótese sociológica implícita de que haveria uma espécie de igualdade humana básica associada a uma ideia de participação integral na comunidade, as quais não seriam incompatíveis com as desigualdades econômicas das classes sociais. E mais, que tal igualdade teria sido enriquecida com nova substância e investida de um notável conjunto de direitos, identificados com o *status* de cidadania.

Tais constatações fizeram com que T. H. Marshall refletisse sobre os elementos que compunham o substrato da cidadania, bem como sua inter-relação com as noções de classe social e de *status*, para que pudesse analisar o impacto da cidadania, que pressupunha a igualdade entre todos, sobre o sistema capitalista, fundado nas desigualdades das classes sociais. À medida que o desenvolvimento de ambos ocorreu de forma simultânea, afirmava Marshall que havia entre eles uma **tensão permanente** e indagava até que ponto poderia a igualdade inerente à cidadania ser preservada sem que, com isso, se interferisse no livre funcionamento do mercado capitalista (sob o risco de se enveredar para o socialismo).

Nessa medida, o autor faz um retrospecto do desenvolvimento da cidadania na Inglaterra¹⁰ para explicar seu conceito, decompondo-o em três partes: o elemento **civil** (correspondente aos direitos necessários à liberdade individual, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos, e o direito à justiça); o **político** (*i.e.* o direito de participar no exercício do poder político, seja como membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitor dos membros de tal organismo); e o **social** (direito ao bem-estar econômico e social, em especial, o direito à educação e à assistência social). A conformação dos direitos civis, dos políticos e dos sociais corresponderia, respectiva e aproximadamente, aos séculos XVIII, XIX

¹⁰ Para informações acerca do desenvolvimento da cidadania no Brasil, Cf. CARVALHO, 2002, *passim*.

e XX, e as suas congêneres institucionais seriam: os tribunais de justiça; o Parlamento e as instituições do poder local; e o sistema educacional e os serviços sociais.

Nesse sentido, é importante perceber, a narrativa de Marshall aproxima-se daquela dimensão que, na tipologia de Fioravanti, é chamada de *historicista*.

Em seguida, Marshall (1967, p. 76) faz interessante observação: “a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*.” Prossegue o autor: “a classe social, por outro lado, é um sistema de desigualdade. [...] E, portanto, compreensível que se espere que o impacto da cidadania sobre a classe social tomasse a forma de um conflito entre princípios opostos.”

Para explicar esta aparente contradição, afirma que há dois tipos de classe: uma vigente até o feudalismo medieval, a qual se baseava na hierarquia de *status*, aceita como uma ordem natural, em que cada classe possuía determinados direitos legais, sem que houvesse direitos compartilhados por todos (como ocorriam com os patrícios, os plebeus, os servos etc.); e outra, surgida com a modernidade, que emergia da combinação de vários fatores relacionados à propriedade, à educação ou à estrutura da econômica nacional, mas na qual prevalecia uma capacidade igual no que diz respeito ao gozo de direitos. Assim, adverte Marshall (1967, p. 79-80):

O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status* diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.

Portanto, na concepção de Marshall, todos os cidadãos possuem o mesmo *status* político, ainda que as classes sociais possam ser diferentes em sua essência, sobretudo em razão da desigualdade econômica que impera no sistema capitalista. Em outras palavras, as diferenças das classes sociais podem ser aceitáveis desde que a igualdade de oportunidades do gozo de direitos seja reconhecida a todos os cidadãos.

Na última parte de sua conferência, o autor conclui que os direitos civis e os políticos tiveram pouca influência direta sobre a desigualdade social - o papel preponderante foi desempenhado pelos direitos sociais da cidadania. No período inicial de desenvolvimento do capitalismo, os direitos civis foram indispensáveis à economia de mercado competitivo, pois “davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.” (MARSHALL, 1967, p. 79).

Os direitos políticos, por sua vez, até representavam uma ameaça potencial ao sistema capitalista, mas seu exercício exigia uma experiência e organização em relação às funções próprias do Governo que os trabalhadores ainda não haviam aprendido a fazer uso.

Já a incorporação dos direitos sociais ao *status* da cidadania que, num primeiro momento, objetivava apenas reduzir as diferenças de classe, na tentativa de eliminar o ônus que representa a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade, assumiu o aspecto de ação no século XX, por meio da oferta de diversos serviços sociais, tais como o de acesso gratuito à justiça, assistência médica, educação, moradia etc., modificando efetivamente o padrão da desigualdade social.

Sendo assim, concluímos desta leitura que a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos dos quais os indivíduos eram capazes de gozar, sendo composta pelos direitos civis, políticos e sociais. Ademais, a cidadania está intimamente relacionada a um processo de universalização da igualdade em sentido político, sendo que o desafio da sociedade e do Estado contemporâneos não é estabelecer uma igualdade absoluta entre seus cidadãos, mas remover as desigualdades que não possam ser consideradas legítimas, utilizando como padrão de legitimidade a justiça social.

2.1 A CIDADANIA NO BRASIL E A INVERSÃO DA LÓGICA DE MARSHALL: ESTADANIA?

Vimos então que, nos termos trabalhados por T. H. Marshall, na Inglaterra, a configuração da cidadania se deu da seguinte forma: no século XVIII a afirmação histórica dos direitos civis; no século XIX, a afirmação dos direitos políticos; no século XX, o aparecimento dos direitos sociais. É possível afirmar que o fortalecimento dos direitos civis na Inglaterra também tem relação com a atuação dos juízes do *common law*, como já aparece no debate entre Hobbes e Edward Coke e no *Bonham's case*.

Ocorre que, na Inglaterra, a sociedade civil já havia criado um ambiente amadurecido em relação à garantia dos direitos civis, que apareciam como efetivas conquistas, proveniente de uma forte mobilização social. No Brasil, por outro lado, a configuração da cidadania se deu numa ordem completamente diferente. Primeiro, vieram os direitos sociais em momentos de autoritarismo político; depois, os direitos políticos presentes apenas formalmente também em regimes de exceção. E, por último, os direitos civis.

Essa especificidade do caso brasileiro levou à configuração daquilo que José Murilo de Carvalho (2002, p. 61), cientista político brasileiro, chamou de **estadania**, não uma cidadania plena, já que os direitos sociais acabaram apresentados como concessão paternalista dos governos autoritários e os direitos políticos foram prejudicados pelo *déficit* democrático.

Assim, no caso brasileiro, a sociedade civil tem dificuldade para se organizar de maneira autônoma em relação ao Estado e acaba depositando uma maior confiança principalmente no Executivo e no Judiciário, em detrimento do Parlamento e do sistema representativo. Muitas vezes, a sociedade espera que o juiz e o chefe do Executivo se apresentem como um salvador da pátria na realização de políticas públicas.

Essa relação de dependência da sociedade em relação ao Estado impede a sua emancipação e enfraquece o sistema representativo. O problema é que, em momentos de crise como esta, atores do Judiciário e do Executivo começam a se comportar de forma arbitrária em relação à Constituição, o que está vinculado à defesa de interesses apenas setoriais. Mais uma vez, os direitos não aparecem como conquistas, mas como frutos de concessões.

3 CIDADANIA E DEMOCRACIA NO BRASIL: OS PARADOXOS DERIVADOS DO ESTATALISMO À BRASILEIRA

Esses problemas derivados da construção da cidadania no Brasil trazem consigo uma consequência que, de há muito, faz parte do catálogo de problemas enfrentados pelo direito brasileiro: a relativa impossibilidade de se impor, com generalidade, a todas as camadas da população. Fala-se, nesse sentido, em uma **crise de legalidade**, que aparece no momento em que determinadas burocracias estatais são cumpridas de forma seletiva, de acordo com a clientela que esteja envolvida na questão. O debate nos últimos dois anos jogou luz no problema relativo à qualidade dos serviços públicos. Mas a questão não fica restrita a este ponto.

Na verdade, a questão envolvendo a crise da legalidade se aproxima muito de uma outra, que pode ser mencionada como **inflação legislativa**. Porém, embora tênues, há diferenças significativas entre os dois fenômenos. Basta dizer que a inflação legislativa não é exclusividade dos países periféricos. Segundo Cappelletti, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde as discussões sobre o direito se revestem de uma característica muito mais judicialista do que na tradição continental, nas últimas décadas, o surgimento de demandas de

cunho coletivo e transindividual acarretaram um aumento na atividade regulamentadora do Parlamento significativamente maior em comparação com outros períodos históricos¹¹.

Por outro lado, isso que se refere como crise da legalidade é um problema mais particularmente ligado aos países periféricos, como é o caso da América Latina de uma maneira geral que, além de sofrer os influxos da inflação da legislação, sofre também com o problema da **inefetividade da lei** (entendida em sentido amplo). A novidade, talvez, esteja no fato de que, os movimentos narrados na introdução deste artigo estejam transportando os problemas derivados dessa crise de legalidade, observada na modernidade periférica, para democracias da modernidade central.

Para esclarecer melhor isso que colocamos aqui como crise da legalidade, é importante clarear o que se menciona com o termo **legalidade**. Isso pode soar estranho, visto que o elementar para aqueles que lidam com o direito é saber o que significa legalidade, ou o **princípio da legalidade**. Todavia, o significado amplamente difundido do termo legalidade fica aquém do sentido por ele projetado. Assim, é corriqueiro associar a legalidade ao império da lei e sua exclusividade no estabelecimento de obrigações na ordem civil em geral (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). Fala-se, portanto, em **legalidade estrita ou fechada**, como se dá no âmbito penal e tributário - **apenas a lei pode criar ou abolir crimes; e apenas a lei pode criar ou revogar tributos** - e em **legalidade ampla ou aberta**, a partir da qual vige a máxima: **o que não é proibido é permitido**.

Não é nesse sentido que se fala em crise da legalidade. Aliás, esse tipo de determinação do princípio da legalidade encobre seu significado mais essencial. Neste significado, **legalidade** deve ser entendida como **o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição** - uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade - **e pela efetividade das decisões judiciais**¹², sob o marco de uma legitimidade democrática.

Mais do que isso: **legalidade implica na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões**. Ou seja, a legalidade é uma forma de se constituir o espaço público de maneira que se possa dizer que ele esteja *tomado* por ela; é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é **efetivamente** público e não, colonizado por interesses privados. Nesta perspectiva, podemos dizer que a

¹¹ CAPPELLETTI, 1988, *passim*.

¹² Nesse sentido, Cf. DÍAS, 1995, p. 16.

legalidade determina a **força** que um Estado tem, e não o peso e tamanho de seu aparelho burocrático. Evidentemente, como estamos falando de legalidade, cidadania e democracia, essa força não é determinada pelo grau de coerção que o Estado imprime sobre os indivíduos, numa espécie de relação entre súdito e soberano, mas sim uma força que se determina a partir da **legitimidade** que as ações do Estado alcançam sobre cada um dos cidadãos.

Como afirma O'Donnell, procurando traduzir isso que dissemos, mas de uma forma negativa, “um Estado forte, independentemente do tamanho de suas burocracias, é aquele que estabelece efetivamente essa legalidade e que não é visto pela maioria da população como apenas uma arena para satisfação de interesses particularistas.”¹³ Isso implica que os próprios órgãos estatais, em todos os níveis, orientem suas decisões pela Constituição, pela lei e por aquilo que foi determinado pelo Judiciário, nos casos de eventuais conflitos.¹⁴

Entretanto, poderia ser objetado: se no tópico anterior foi mencionado o problema da inflação legislativa e do surgimento daquilo que Garcia Herrera denomina **leis-medida**, não seria justamente a lei o *locus* onde residiria a consagração daqueles interesses particularistas levantados por O'Donnell?

Se compreendermos a legalidade e sua crise como algo que afeta simplesmente a legislação, incorreríamos naquela dimensão simplificadora tradicionalmente reproduzida pela visão técnico-dogmática dos juristas. Neste aspecto reside, talvez, a maior diferença entre o problema da inflação legislativa e a crise da legalidade. Ou seja, que a crise da legalidade implica também numa crise de constitucionalidade, a não ser que admitamos o contrassenso de, num Estado democrático de Direito, ser possível uma legalidade inconstitucional.¹⁵ A legalidade não se constitui apenas pelo requisito formal, mas recebe atributos de legitimidade material na medida em que ela mensura qualitativamente os meios de institucionalização da democracia de modo que poderíamos dizer, sem cindir estes dois âmbitos, que toda crise da

¹³ O'DONNELL, 1993, p. 128.

¹⁴ Nessa medida, também as teses sobre a chamada **relativização da coisa julgada**, capitaneadas por autores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado (por todos, Cf. DINAMARCO, 2003) e que vem tomando força no Brasil desde a publicação do artigo citado, também pode ser mencionada como um fator constitutivo desta crise da legalidade. Isto porque, relativizar a coisa julgada material - que significa destruir a imunização da decisão judicial transitada em julgado - implica instaurar um ambiente de indeterminabilidade em relação à legalidade, algo inconcebível em um Estado Democrático de Direito (Neste sentido, Cf. NERY JÚNIOR, 2004, pp. 509-510). Com efeito, como será abordado um pouco mais adiante, no caso brasileiro, não se trata de construir alternativas teóricas à legalidade, mas sim fazer com que a legalidade, em crise, possa verdadeiramente tomar o espaço público. As teorias da relativização acarretaram um movimento de retomada de ações que já haviam passado em julgado, nas quais o maior interessado é o próprio Poder Público. Ressalte-se, por fim, que uma posição contrária a este tipo de tese não implica na defesa de discricionariedades arbitrárias por parte do judiciário.

¹⁵ Cf. GARCIA HERRERA, 1996, p. 73.

legalidade é também uma crise de constitucionalidade¹⁶ o que implica, em última análise, em um problema de **legitimidade** e de **simetria** no cumprimento das decisões estatais.¹⁷

Segundo O'Donnell, países como o Brasil, a Argentina e o Peru não são apenas vulneráveis a crises sociais e econômicas sucessivas, como também sofrem uma profunda crise em seus Estados, que passa pelo problema da ineficácia da lei, entendida neste sentido amplo. Evidentemente, isso sucinta problemas históricos complexos, mas O'Donnell restringe sua análise aos movimentos que se instauram a partir do fim dos regimes ditatoriais que inauguram nestes países um processo de redemocratização. Essa crise implica pelo menos três dimensões: 1) do Estado enquanto conjunto de burocracias capaz de cumprir suas obrigações com eficiência razoável, que aparece como um encargo do regime anterior; 2) da **efetividade da lei**; e 3) da plausibilidade de que os órgãos do Estado normalmente orientem suas decisões segundo alguma concepção do bem público.

Sem desconsiderar as demais dimensões, nos ateremos à crise da legalidade e ao correlato problema da colonização do público pelo privado, no âmbito brasileiro especificamente. Como fizemos nos outros itens, ao final, identificaremos a conexão que pode ser estabelecida com o problema do conceito de princípio, da discricionariedade e da fundamentação das decisões judiciais.

Caracterizada a crise da legalidade como a incapacidade do Estado para tornar efetivas suas próprias realizações, foram exploradas algumas das conexões com as relações sociais em tais Estados. Há que se acrescentar, não que isso seja uma novidade, que a exclusão, a infinita distância que separa as classes sociais uma das outras e a sustentação de privilégios particulares, dão o tom da atividade estatal, de forma que se torna extremamente difícil separar o público do privado. Esses fatores passam a minar as instituições que representam o cerne de todo programa democrático e que deve(ria)m constituir-se como **espaço público**. A começar pelo Congresso, órgão supostamente responsável pelo debate e

¹⁶ Cf. O'DONNELL, 1993, pp. 123-145.

¹⁷ A partir do que foi dito, é possível perceber que há uma dualidade entre o público e o privado. Mas essa dualidade nada guarda de relação com as clássicas dicotomias que marcaram a incorporação desta distinção em outros campos do conhecimento, como é o caso do Direito. Com efeito, para Hanna Arendt, por exemplo, o privado é um espaço necessariamente assimétrico no que diz respeito ao convívio, enquanto que o espaço público deve ser, necessariamente, simétrico. O privado é o espaço da interiorização, da **labor** e da **fabricação**; ao passo que o público - que é o universo da política e do direito - é necessariamente **simétrico**. Por isso, Arendt não aceita o econômico no âmbito político porque nele se dão relações indiscutivelmente assimétricas. Desta distinção entre público e privado (simétrico/assimétrico), aparece uma crítica de Hanna Arendt à contemporaneidade: *instrumentalizou-se a epistemologia política com a gramática do "Homo faber"*. Assim, o espaço público é inflado por relações privadas de barganha (economia de mercado), levada ao limite da própria manipulação do humano (ARENDR, 1993, *passim*).

formação da lei em todos os níveis, que em geral está dominado pelo interesse dos seus legisladores, preocupados em sustentar o sistema de dominação e privatização que os elegeram e a canalizar para esse sistema tantos recursos estatais quanto possível.

A tendência de seus votos é, portanto, conservadora e oportunista. Para ter sucesso eles dependem da troca de “favores” com o executivo e diversas burocracias estatais e, sob executivos enfraquecidos que precisam de algum tipo de apoio congressional, eles obtêm frequentemente o controle das agências estatais que fornecem estes recursos (O’DONNELL, 1993, p. 131).

Esse tipo de relação torna impossibilitada qualquer noção de lei enquanto conjunto de decisões tomadas num espaço público.

A própria relação entre Estado e sociedade civil merece ser repensada, diante desse quadro de crise da legalidade. Colocando em um outro contexto - o do direito penal -, mas apontando também para o equívoco da cisão entre sociedade e Estado, Lenio Streck (2004, p. 309) assevera:

Para eles o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito - no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora - continuam a falar na figura mítica do **Leviatã, repristinando – para mim de forma equivocada – a antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic).**

Neste ponto, interessa transcrever outras posições importantes. Gilberto Bercovici (2004, p. 269), por exemplo, apresenta esta questão da seguinte maneira:

Apesar de ser considerado um Estado forte e interventor, o Estado brasileiro é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Esta concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal: o Estado, ou melhor, o exercício da soberania estatal é bloqueado pelos interesses privados.

Se assim o é, e se a crise da legalidade é um fenômeno que nos atravessa enquanto brasileiros¹⁸, é preciso reconhecer como acertadas as afirmações de Marcelo Neves (2006, p. 256):

No Brasil, não se trata primariamente do problema de esferas jurídicas alternativas em relação à legalidade estatal, mas sim da ausência ou fragilidade desta. [...] O que se observa é uma miscelânea social de códigos e critérios de comportamento, com

¹⁸ Nessa medida, faz sentido o manifesto de Fábio Konder Comparato publicado no dia 17.03.2007 no jornal Folha de São Paulo, no caderno “Tendências e Debates”, no qual o jurista perguntava: “Quem tem medo do povo?” Para Comparato, o Brasil realizou “uma notável façanha política: instituiu e fez funcionar, por mais de um século, uma república de interesse privado e uma democracia sem povo. [...] Em 1980, metade da renda nacional era distribuída como remuneração do trabalho; agora, só um terço. Já temos 8 milhões de desempregados formais, sem contar a multidão de definitivamente excluídos do mercado de trabalho. O rendimento médio do trabalhador brasileiro, medido pelo Dieese e o Seade, caiu 33% entre 1995 e 2005. A classe média, isto é, o conjunto dos que ganham entre três e dez salários mínimos, segundo o Ministério do Trabalho, decresceu nada menos do que 46% entre 2000 e 2006. Alguma surpresa se tais fatos coincidiram com a vaga de violência e banditismo que se alastrou por todo o país?”

efeitos autodestrutivos e heterodestrutivos em todas as esferas de ação, especialmente no que concerne ao direito. A situação é bem mais grave do que se pode inferir de conceitos como “direito alternativo”, “uso alternativo do direito” (que implica uma visão instrumental do direito) e “pluralismo jurídico”, os quais, no contexto da relação entre direito, Estado e sociedade no Brasil, transformam-se frequentemente em meros *slogans*. Nessas circunstâncias, a cultura dominante é a da ilegalidade. **Por conseguinte, em vez de alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa.** (...) Não redundaria na procura de alternativas à legalidade, pois esta - entendida como modelo geral e efetivo de estruturação das ações e comunicações jurídicas e políticas - ainda não é dominante no Brasil (por falta da generalidade da lei em relação à prática dos agentes estatais, indivíduos e organizações). Mas poderia, ao contrário, afirmar-se que **a legalidade (efetiva, a saber, dependente da concretização de uma ordem constitucional democrática) constitui uma alternativa para a cultura dominante da ilegalidade.** (Grifamos).

Esse quadro resulta dramático se imaginarmos a necessidade indeclinável de igualdade de tratamento que deve(ria) imperar em uma comunidade política democrática e de cidadania minimamente sedimentada.

Diante disso, o que se tem é uma **aparência de legalidade**, uma vez que esta (a legalidade) poderá ser suspensa sempre que algum interesse privado se manifestar neste sentido. Portanto, as relações de dependência e a **privatização** do Estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos direitos humanos e da soberania do povo como procedimento.

Segundo Marcelo Neves, não se trata de um problema estritamente antropológico cultural (como é sucessivamente ventilado nos veículos de comunicação e até mesmo em certos setores acadêmicos). Este problema é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado na modernidade periférica.

Nessa perspectiva, Neves afirma existir, nestas realidades estatais, relações de **subintegração** e **sobreintegração** no sistema jurídico. É preciso explicar melhor esta questão para uma adequada compreensão desse fenômeno, uma vez que se apresenta como um dos obstáculos que mais dificultam a realização de um Estado democrático de direito em terras brasileiras (ao menos no que atina à questão da soberania interna). **Subintegração** e **sobreintegração** caracterizam explicitamente **o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente.**

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal. [...] A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos,

competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo “exclusão”, não apenas o subintegrado estaria “excluído”, mas também o sobre integrado: este estaria “acima” do direito, aquele “abaixo”. (NEVES, 2006, pp. 248-250).

Portanto, a **legalidade** deve ser entendida como o universo do **público** que comporta o espaço de **decisões legislativas, administrativas e judiciais**, todas elas tomadas sob o marco da Constituição e da cidadania. A infiltração de interesses privados e particularistas neste espaço degenera a legitimidade e institui relações assimétricas no âmbito estatal o que, em um Estado Democrático de Direito é inconcebível.¹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, podemos concluir que a cidadania no Brasil é um projeto ainda em construção. Nesse aspecto, o recrudescimento da desigualdade, em nível mundial, torna ainda mais complicada a tarefa de construção de espaços efetivos de exercício dos direitos que compõem o núcleo da cidadania, porém, de forma alguma, autorizam a conclusão de que esta é uma tarefa inacabada e que, infelizmente, terá que ser posta de lado. Não basta afirmar a luta pela liberdade se as condições mínimas para um igualitarismo democrático estiverem perdidas no discurso político-ideológico.

Nessa medida, como principais resultados alcançados pela presente pesquisa, podemos destacar os seguintes:

¹⁹ Segundo O'Donnell (1993, p. 125): “Os estados se tornam ostensivamente incapazes de promulgar regulações efetivas da vida social em seus territórios e seus sistemas de estratificação. [...] Em muitas democracias emergentes, a efetividade de uma ordem nacional corporificada na lei e na autoridade do estado desaparece tão logo deixamos os centros urbanos nacionais. Mas mesmo nestes é visível a evaporação funcional e territorial da dimensão pública do estado. O crescimento do crime, as intervenções ilegais da polícia nos bairros pobres, a prática disseminada da tortura e mesmo a execução sumária de suspeitos pertencentes aos setores pobres ou estigmatizados, a negação de direitos a mulheres e a várias minorias, a impunidade do comércio de drogas e o grande número de crianças abandonadas nas ruas (tudo assinalando um escasso progresso em relação ao regime autoritário precedente) refletem não apenas um grave processo de decadência urbana. Elas também expressam a crescente incapacidade do estado para tornar efetivas suas próprias regulações. Muitos espaços públicos desaparecem, tanto devido a sua invasão pela miséria desesperada de muitos como pelo perigo envolvido em sua utilização. O medo, a insegurança, a segregação dos bairros ricos e a verdadeira tortura que é usar o transporte público encolhem os espaços públicos e levam a um tipo perverso de privatização.”

1. Constatou-se um *déficit* de legitimação nas democracias ocidentais, nas últimas décadas do séc. XX e início deste século, decorrente do aumento exponencial dos índices de desigualdade socioeconômica, característica do sistema capitalista liberal, o que tem afetado sensivelmente o âmago dos regimes democráticos, que é igualdade de oportunidades e a igualdade de consideração e respeito;
2. A partir da tipologia apresentada por Fioravanti para perscrutar a afirmação dos direitos (liberdades) no contexto da formação dos Estados liberais modernos, com fulcro na interdependência e influência recíproca dos fatos históricos, políticos e jurídicos, pretendemos explicar o processo de concretização da cidadania no Brasil: contrariamente à Inglaterra, exemplo do modelo historicista, marcado pela gradual evolução das liberdades públicas do Medievo à Idade Moderna, e à França, exemplo do modelo individualista, caracterizado pela ruptura com a ordem feudal e estratificada de sociedade e de governo, preconizada pelas declarações de direitos e codificações liberais, frutos de revolução social, em nosso País, os direitos resultam da ordenação estatal que ora alarga o rol, ora o diminui, conforme a orientação política dominante e os fins que almeja, o que poderia, muito bem, servir de exemplo do modelo estatalista;
3. Definimos cidadania como o conjunto de direitos civis (necessários à liberdade individual), políticos (de participação no exercício do poder político) e sociais (ligados ao bem-estar econômico e social, em especial, o direito à educação e à assistência social), segundo preconizado por Marshall, cuja conformação, na Inglaterra, ocorreu, respectiva e aproximadamente, nos séculos XVIII, XIX e XX. A cidadania implica, pois, num *status* político universalmente atribuído aos participantes de uma comunidade democrática e preenchido por um complexo quadro de direitos, acoplados paulatinamente ao *status* de cidadão, de modo que as diferenças das classes sociais, sobretudo em razão das desigualdades econômicas existentes no sistema capitalista, podem ser aceitáveis desde que a igualdade de oportunidades do gozo de direitos seja reconhecida a todos os cidadãos;
4. Verificou-se que, na Inglaterra, a sociedade civil já havia criado um ambiente amadurecido em relação à garantia dos direitos civis, que apareciam como efetivas conquistas, provenientes de uma forte mobilização social, constituindo a base para a posterior consolidação dos direitos políticos e, por fim, dos direitos sociais, ao passo que, no Brasil, a configuração da cidadania se deu numa ordem completamente diferente: primeiro, vieram os direitos sociais em momentos de autoritarismo político; depois, os direitos políticos presentes apenas formalmente também em regimes de exceção, e, por

último, os direitos civis - o que levou à configuração da chamada cidadania em vez de uma cidadania plena. No caso brasileiro, a sociedade civil tem dificuldade para se organizar de maneira autônoma em relação ao Estado, o que impede a sua emancipação e enfraquece o sistema representativo;

5. A legalidade, um dos pilares do Estado democrático de Direito, deve ser entendida, na concepção deste trabalho, como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição, e pela efetividade das decisões judiciais. A legalidade implica, portanto, na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões - é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é efetivamente público e não, colonizado por interesses privados. Além disto, é a legalidade e não, o peso e o tamanho de seu aparelho burocrático, que determina a força que um Estado tem;
6. Entendemos como graves problemas das democracias modernas, inclusive do Brasil, a crise da legalidade e a inflação legislativa, fenômenos correlatos, porém distintos em aspectos relevantes: a inflação legislativa não é exclusividade dos países periféricos e, de um modo geral, tem-se percebido um aumento significativamente maior na atividade regulamentadora do Parlamento em comparação com outros períodos históricos, sobretudo após o surgimento de demandas de cunho coletivo e transindividual nas últimas décadas; por outro lado, a crise da legalidade é um problema mais particularmente ligado aos países periféricos, como é o caso da América Latina que, além de sofrer os influxos da inflação da legislação, sofre também com o problema da inefetividade da lei (entendida em sentido amplo). Isto significa que a crise da legalidade implica necessariamente numa crise de constitucionalidade, uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade, em que o exercício da soberania estatal é bloqueado pelos interesses privados;
7. Uma das razões apontadas por Marcelo Neves para esta crise da legalidade é o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente, o que leva à existência de cidadãos subintegrados, que não tem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas (chamados de subcidadãos) - embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal;

e cidadãos sobreintegrados, titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas que não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades - sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Ambos estariam excluídos do sistema: o sobreintegrado estaria acima do direito e o subintegrado, abaixo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Antônio José de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Quem tem medo do povo?** In: Folha de São Paulo, Caderno A1 - Tendências e Debates, 17.03.2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DÍAS, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 1, n. 1, jun-1995. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, p. 16.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, n.109. São Paulo: RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. Teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPADA, João Carlos. **Direitos sociais de cidadania**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2009.

GARCIA HERRERA, Miguel Angel. *Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional*. In: **Corrupción y Estado de Derecho** - El papel de la jurisdicción. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GORCZEWSKI, Clóvis; MARTIN, Nuria Beloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Rio Grande do Sul: EDUNISC, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEPORE, Jill. Richer and Poorer: Accounting for inequality. In: **The New Yorker, Annals of Society**. Mar. 16, 2015.

LOEWNSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, s/d.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Estado Democrático de Direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos.** Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 253-275.

O'DONNELL, Guilherme. Sobre o Estado, a Democratização e Alguns Problemas Conceituais. In: **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 36, julho-1993.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições Brasileiras e Cidadania.** São Paulo: Ática, 1987.

REALE JÚNIOR, Miguel. Democracia e cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 137-151, jan./mar. 2002.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral.** Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHERER, Elenise F. Classes populares e ampliação da cidadania. **Serviço social e sociedade.** São Paulo, ano VIII, n. 23, p. 25-44, abr. 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos humanos. **Educação e Filosofia**, Uberlândia, v. 14, n. 27/28, p. 39-46, jan./jun. e jul./dez. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de Excesso (*Übermaverbot*) à Proibição de proteção deficiente (*Untermaverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Separata vol. LXXX. Coimbra, 2004.