

Entraves à realização dos direitos sociais na conjuntura global: transição paradigmática para um constitucionalismo participativo.

Obstacles to the realization of social rights in the global context: paradigmatic transition to a participatory constitutionalism.

Guadalupe Souza Sátiro¹

Resumo

Esse artigo tem como objetivo (re)conhecer e reforçar a justiciabilidade dos direitos sociais identificando os entraves endógenos e exógenos que enfraquecem a força imperativa do texto constitucional na conjuntura global contemporânea. Percorre-se a doutrina que desenvolve a teoria crítica dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, da teoria do Estado, do constitucionalismo, e do mínimo existencial sob o manto do Estado Constitucional Democrático de Direito. Além disso, busca-se articular os sistemas jurídicos internacionais e constitucionais, em razão do caráter complementar e conexo que apresentam, reconhecendo o atual processo de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional.

Palavras-chave: Direitos sociais; Constitucionalismo, Justiciabilidade.

Abstract

This article aims to recognize and strengthen the justiciability of social rights identifying the endogenous and exogenous barriers that weaken the binding force of the constitutional text in the contemporary global scenario. Through the doctrine that develops critical theory of fundamental rights, social rights, the theory of the state, the constitutionalism, and the existential minimum under the mantle of the Democratic Constitutional rule of law. In addition, it is a goal articulate the constitutional and international legal systems, due to the complementary and related character presenting, recognizing the current process of internationalization of constitutional law and constitutionalization of international law.

Keywords: Social rights; Constitutionalism, Justiciability.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes. Atuação nos grupos de pesquisa: Políticas públicas de proteção aos direitos humanos (UNIT) e Política Criminal e Direitos Humanos: efetividade e garantias processuais (UNIT). Participação no programa de formação internacional - Geneva for Human Rights: Global Training Programme na ocasião da 24ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

1. Introdução

O objetivo desse artigo é (re)conhecer a justiciabilidade dos direitos sociais enquanto normas constitucionais cogentes, de caráter originário e coercitivo, identificando que a natureza jurídica desses direitos impede que eles fiquem sujeitos ao crivo da discricionariedade dos órgãos políticos, jurídicos e administrativos quanto a sua disponibilidade, implementação, controle, monitoramento e proteção.

Da mesma forma, identifica-se a crise do constitucionalismo perante o contexto econômico globalizado no que diz respeito à crise do texto constitucional face a otimização da proteção dos direitos fundamentais; a dificuldade de implementação do projeto social, político e econômico que preza pelos direitos sociais enquanto instrumento jurídico-axiológico articulador de condutas, como também a perda da força executiva do texto constitucional nacional frente às dinâmicas de poder verticais e transnacionais.

Percorre-se a doutrina que desenvolve a teoria dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, da teoria do Estado, e do direito ao mínimo existencial sob o manto do Estado Constitucional Democrático. Além de que, busca-se articular os sistemas jurídicos internacionais e constitucionais em razão do caráter complementar, sistêmico e conexo que apresentam, face o processo de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional.

Outras questões norteadoras à crise do constitucionalismo e a justiciabilidade dos direitos sociais se fazem presentes inexoravelmente. A proliferação de vetores de vulnerabilidade, responsáveis pelo desencadeamento de assimetrias locais e nacionais, exigem uma atuação do Estado, do indivíduo e da sociedade, enquanto atores corresponsáveis pelo sofrimento humano e pelas desigualdades sociais. A falta de uma forte cultura política de participação é igualmente responsável por uma atuação estatal em desconformidade com o interesse público e o bem comum.

A transição paradigmática, epistemológica e social que se pronuncia, busca no constitucionalismo participativo a consubstanciação da complexidade global através do desenvolvimento de processos reflexivos que traduzem a aplicação da lei fundamental no tecido social frente a lei imperativa do mercado financeiro-especulativo internacional. Importa

identificar a partir de uma perspectiva interdisciplinar quais são os óbices à realização dos direitos fundamentais. A conjuntura contemporânea e a arena global se apresentam como grandes desencadeadores de vulnerabilidades e assimetrias.

2. A justiciabilidade dos direitos sociais

O debate político-jurídico acerca da justiciabilidade dos direitos sociais persiste como reflexo de contextos históricos de fragmentação, e polarização dos direitos humanos em diferentes dimensões e graus de exigibilidade, perante o ordenamento jurídico internacional e constitucional. A pretensa concepção de que os direitos sociais não integram o bojo dos direitos fundamentais ‘autênticos’ expressa o distorcido conhecimento da natureza jurídica desses direitos enquanto normas constitucionais cogentes tais quais os direitos de primeira dimensão.

Do confronto ideológico que persegue a trajetória dos direitos fundamentais em direitos civis e políticos - de aplicação imediata, e que requer obrigações de abstenção por parte do Estado, frente os direitos econômicos, sociais e culturais - de aplicação progressiva, e que requer obrigações e prestações positivas, manifesta-se uma distinção político-ideológica incompatível com a capacidade jurídica de ambos os direitos serem reivindicáveis juridicamente na forma da lei.

A implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas um dever moral do Estado, como também uma obrigação jurídico constitucional.² É dessa natureza constitucional que decorre o direito de jurisdição dos direitos sociais face o Estado Democrático de Direito. De maneira consequente é uma obrigação primária do Estado, face os indivíduos, que culmina com o direito de ação destes quando da não implementação de condições objetivas para o exercício e gozo de um mínimo ético irreduzível.³

² A filosofia jurídica aponta várias teorias que buscam identificar as convergências, divergências e paralelismo existentes entre a moral e o direito. A norma revela ser marcada por uma ‘bilateralidade-atributiva’, que corresponde a “uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo” (REALE, 2005, p. 51). A moral em sentido contrário impõe apenas deveres. “Perante ela, ninguém tem o poder de exigir uma conduta de outrem. Fica-se apenas na expectativa de o próximo aderir às normas.” (NADER, 2004, p. 38).

³ Tese desenvolvida por Georg Jellinek do ‘Direito como mínimo ético’. Para Jellinek o minimum de existência das normas éticas demanda dos indivíduos subjetivamente, como membros do corpo social, o minimum de atos morais que a sociedade exige de seus membros na forma de deveres jurídicos. Assim,

O confronto político-ideológico persistente do indivíduo *versus* o social contraria a consagração dos preceitos de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, como também reforça o senso comum acerca da impossibilidade de reivindicar juridicamente uma omissão estatal, quanto a implementação dos direitos sociais. A existência de obrigações essenciais mínimas na prestação de serviços básicos para a sociedade é uma garantia constitucional que também não deveria ser confrontada com o princípio da insuficiente disponibilidade de recursos.

Importa (re)conhecer que a vulnerabilidade econômica e social desencadeia a vulnerabilidade civil e política, e o contrário também se sucede. “A negação da liberdade econômica implica na negação da liberdade civil e a negação da liberdade social e política também implica na negação da liberdade econômica.” (SEN, 1999, p.8). Dessa forma, diante do caráter retroalimentar entre os vetores de vulnerabilidade se faz necessário pensar o desenvolvimento humano como liberdade à luz do raciocínio consagrado por Amartya Sen.

Os vetores de vulnerabilidade podem ser minimizados a partir de uma rede de proteção social. Dessa forma, diante do desmantelamento de políticas públicas que reforçam a responsabilidade do Estado importa reconhecer a existência de uma plataforma de seguridade social constitucionalmente consagrada. A transição jurídica-paradigmática do Estado Liberal, para o Estado Social engloba a institucionalização da seguridade social no texto constitucional e nas políticas de Estado. “A segurança jurídica, que era frequentemente limitada à acepção formal, com a previsibilidade e certeza do direito, passa também a englobar a garantia de direitos sociais mínimos.” (IBRAHIM, 2012, p. 5).

A desarticulação do projeto social instituído pelo Estado Social no contexto atual decorre diretamente, como identifica Häberle (1975), da perda da força executiva do texto constitucional e da sua efetividade, tornando-se apenas uma constituição aberta cujo conteúdo carece de concretização dos respectivos preceitos de força suprema (*paramount law*) e passa a ser apenas um modelo de *good-governance* constitucional. (Canotilho, 2006, p. 281). A Constituição perde paulatinamente sua força executiva e passa a ser identificada como um condão orientador de condutas sem maiores sanções para aqueles que não

defende que compete ao Direito conservar a comunidade por intermédio da preservação de um mínimo ético imprescindível a partir de normas jurídicas coercitivas.

cumprem com os preceitos norteadores da organização do Estado e da proteção dos direitos fundamentais.

Muitos são os desafios, especialmente no que diz respeito a responsabilização do Estado pela omissão no cumprimento dos direitos sociais. A falta de uma forte cultura política de participação é igualmente responsável por uma atuação estatal em desconformidade com o interesse público e o bem comum. O reconhecimento da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos com a Declaração de Viena de 1993 ainda que represente um marco histórico importante para o desenvolvimento de uma visão integral de direitos, não foi um marco jurídico e político suficiente para superar outros desafios complexos, como o de fazer valer os instrumentos e mecanismos de responsabilização do Estados pelo descumprimento dos direitos de ordem social.

3. Direitos sociais como direitos fundamentais autênticos

Ainda que os direitos sociais estejam taxativamente previstos no texto constitucional no capítulo II no título dos direitos e garantias fundamentais “segue havendo controvérsias a respeito de se os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais são “autênticos” direitos fundamentais ou, em o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 15).

As controvérsias e divergências acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais revelam ser mais de natureza política e ideológica que jurídica. Os autores apontam que é a Constituição Federal de 1988 que deve ser tomada como guia, “já que, de acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.” (Ibidem, p. 15)

A resposta jurídico constitucional ao problema da fundamentalidade dos direitos sociais é essencial para desconstruir o imaginário social acerca da oponibilidade e judiciabilidade desses direitos. No âmbito “do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF ou dispersos pelo restante do texto constitucional (...)” (Ibidem, p. 18).

Firma-se portanto o entendimento de que em razão da natureza jurídica constitucional dos direitos sociais, esses direitos fazem jus tanto a fundamentalidade material, pois são dotados

de relevância e essencialidade, como da fundamentalidade formal, diante da necessidade de proteção jurídica e normativa. Negar a fundamentalidade desses direitos significa opor-se aos preceitos fundamentais que consagra a Carta Magna brasileira na defesa e proteção da vida, e da dignidade humana, elementos centrais dos direitos e garantias fundamentais.

O confronto infundado entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais fundamenta-se no caráter defensivo dos primeiros e prestacional dos segundos, no entanto, a Constituição de 1988 inclui no rol dos direitos sociais os típicos direitos de caráter subjetivo defensivo, como o direito de greve, de liberdade de associação sindical, as proibições de discriminação entre trabalhadores, dentre outros. Constata-se a partir dessa dupla natureza dos direitos sociais a evidente apropriação utilitarista-ideológica da dimensão unicamente prestacional desses direitos por aqueles que reconhecem apenas os direitos civis e políticos como verdadeiramente e autênticos direitos fundamentais.

A definição acrítica dos direitos sociais vinculada a estrita acepção de direitos subjetivos positivos-prestacionais é responsável por um reforço negativo da perspectiva programática e discricionária do poder público quanto a efetivação e implementação desses direitos. Para além do (re)conhecimento do duplo caráter defensivo e prestacional dos direitos sociais vem à tona o debate em torno da concretização desses direitos, considerando a dimensão econômica como elemento inafastável para a devida efetividade.

Os direitos sociais também estão sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, segundo que todas as normas de direitos fundamentais tem aplicação imediata, levando em conta a máxima eficácia e efetividade possível. Para Sarlet e Figueiredo (2010, p.19) as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.

A complexidade da justiciabilidade dos direitos sociais vai além do reconhecimento da constitucionalidade desses direitos enquanto direitos fundamentais autênticos, da identificação desses direitos enquanto direitos subjetivos prestacionais e defensivos simultaneamente, da garantia da aplicação imediata e da plena eficácia e efetividade desses direitos, da dimensão econômica inescapável, e ainda da construção doutrinária acerca da ‘reserva do possível’ na

identificação dos limites fáticos dos direitos sociais, para além do debate posterior da teoria do mínimo existencial que correlaciona diretamente e essencialmente esses direitos.

4. A reserva do possível aplicado com reservas

A construção teórica sobre a ‘reserva do possível’ tem origem na Alemanha a partir de 1970. Esse conceito traz à tona a ideia de que “os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” (KRELL, 2002, p. 52). Completa Sarlet e Figueiredo (2010, p.30) que já há algum tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação de recursos constituem segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.

Autores como Schäfer (2005, p. 67) não identifica a reserva do possível como elemento integrante dos direitos fundamentais. Da mesma forma, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 30) apontam a dimensão tríplice da reserva do possível que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação e da razoabilidade.

É certo que perante terceiros a oponibilidade dos direitos fundamentais não sofre a mesma limitação fática tal qual ocorre quando oponível face o Estado. Importa identificar o real alcance e amplitude dessa reserva, como também ancorar a noção da minimização do impacto da mesma, reconhecendo a inafastabilidade da existência de recursos escassos face a infinitiva e inesgotável demanda humana. Nesse sentido, elucida Andrade que não parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. (2001, p. 200)

A grande problemática a respeito da reserva do possível versa sobre a questão da efetiva disponibilidade do objeto jurídico em conflito, como também a respeito da discricionariedade na evocação da reserva, muitas vezes não correspondendo à situação fática real. Saber se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada “(isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. (...) de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010 p. 28).

Na esteira do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais impõe-se a salvaguarda do núcleo essencial desses direitos. A ampliação dos direitos sociais é no entanto, afetado a depender da conjuntura socioeconômico global. Aponta Sarlet e Figueiredo (2010, p.30) que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para a definição das linhas gerais das políticas na esfera econômica, cabendo aos órgãos políticos a competência para a decisão acerca das políticas socioeconômicas cabíveis. A realização dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações de acordo com a lição de Canotilho costuma ser um problema em termos de competências constitucionais, pois, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais” (1982, p. 369).

A efetividade dos direitos fundamentais está cada vez mais ameaçada face a maior carência de recursos disponíveis. Com efeito, diante do conseqüente dismantelamento de políticas públicas, se impõe a necessidade de “uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas (...)” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010 p. 31). A grande falácia a respeito da aplicação da reserva do possível diz respeito ao argumento pretencioso e impeditivo da insuficiente reserva orçamentária como justificativa da omissão estatal.

Levar a sério a reserva do possível significa “especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a

prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010 p.32). Em muitos casos o que se observa é a inversão hierárquica das normas jurídicas quando se privilegia a legislação ordinária orçamentária face as imposições e previsões constitucionais, em matéria de efetividade dos direitos fundamentais. Aponta Eros Grau que a reserva do possível não pode ser “reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque se assim fosse, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica.” (2005, p. 125).

Importante ensinamento apontam Sarlet e Figueiredo quando enunciam que “quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais (...)” (2010, p. 34) Além disso, o impacto da reserva do possível deve ser minimizado ao máximo através de mecanismos de controle jurisdicional e social da alocação de recursos, transparência e viabilização da deliberação do orçamento público. Da mesma forma a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) viabiliza o acesso ao Judiciário quando houver ameaça ou a lesão a todo e qualquer direito.⁴

Tratar da teoria da reserva do possível significa perpassar as diversas disciplinas jurídicas, econômicas, sociais e políticas que incidem na aplicação da reserva ao caso concreto, a fim de assegurar uma legítima aplicação nas esferas jurídica, administrativa e política, observando-se os reais limites fáticos dos recursos disponíveis. A minimização do impacto da reserva deve ser priorizado sempre, face a hierarquia constitucional de prevalência das garantias constitucionais, que versam sobre direitos fundamentais, em sobreposição às leis orçamentárias. O controle social na verificação da distribuição e destinação do orçamento público também deve ser apontado como medida de extrema valia para o fortalecimento do Estado Democrático Constitucional de Direito.

⁴ No direito português “os Direitos Fundamentais de natureza econômica, social e cultural dispunham de vinculatividade normativo-Constitucional, impondo-se aos poderes públicos a realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas. (...) A natureza norma-tarefa aponta para um verdadeiro dever do legislador de dar operacionalidade prática a estas imposições sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Se o legislador não é inteiramente livre no cumprimento destas imposições, dispõe, contudo de liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e gradualidade de concretizações”. (CANOTILHO, 1997, p.483)

5. O direito ao mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial é identificada como subsistema dos direitos fundamentais. É na proteção do cidadão face os riscos de existência no tecido social que o Estado assume a responsabilidade compartilhada de garantir o gozo de condições mínimas na salvaguarda da dignidade humana e da vida. O mínimo existencial diz respeito a um mínimo de direitos fundamentais irredutíveis. A positivação do direito ao mínimo existencial revela ser fundamental para a arguição judicial desses direitos quando não implementados. O direito à seguridade social, à educação, à moradia, e à assistência jurídica integram o bojo dos direitos mínimos positivados na Constituição Brasileira de 1988.

A proteção ao mínimo existencial é verificado a partir do usufruto, do acesso e da materialização de condições mínimas para o desenvolvimento e sobrevivência do indivíduo no tecido social. O não gozo desse mínimo de direitos fundamentais constitui uma ofensa e violação direta ao princípio da dignidade humana, à moral e à ética da vida. Como categoricamente identifica Torres (2009, p. XXI) é somente após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contra majoritário do judiciário.

Algumas considerações revelam ser fundamentais para o entendimento do alcance e da dimensão do direito ao mínimo existencial. Como enuncia Torres (2009, p. XX) o mínimo existencial ampara-se em uma robusta doutrina que não é utópica nem tópica. Identifica que não é utópica porque leva em consideração o orçamento e as políticas públicas, e procura manter o contato com a teoria estrangeira, e com a produção das cortes constitucionais. E não seria tópica pois, a teoria do direito ao mínimo existencial tem a pretensão de oferecer a *rationale* que conduz à distribuição igual dos bens sociais, mediante a adoção de políticas públicas focalizadas, e de escolhas orçamentarias racionais em um ambiente de escassez de recursos financeiros.

Dessa maneira, o direito ao mínimo existencial não seria reducionista, pois não caberia ao Estado garantir apenas um mínimo de direitos, nem seria radicalista a ponto de defender a igualdade material a todo e qualquer custo. A grande preocupação no entanto, é com a

maximização do rol de direitos que certificam um mínimo de dignidade ao indivíduo sem comprometer as suas liberdades básicas. Torres (2009, p. 36) identifica que o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, que deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal, e na Declaração de Direitos Humanos.

6. A crise do constitucionalismo

O constitucionalismo enquanto teoria estruturante da organização social pautada na garantia dos direitos fundamentais, e no governado limitado, tem assumido a forma de um constitucionalismo liberal marcado pelo aspecto excessivamente formal e procedimental.⁵ Suzana Tavares da Silva em sua obra *Direitos Fundamentais na Arena Global* identifica que é curioso notar que a crise do constitucionalismo conhece dois movimentos complementares, ambos igualmente destrutivos do referencial moderno do conceito: a banalização do termo constituição, através da sua utilização como denominador de realidades distantes da gênese conceitual (...) e o ataque directo à narrativa material, reclamando o seu afastamento quando estão em causa os novos valores do desenvolvimento global. (2011, p. 11).

A autora identifica ainda que alguns acreditam que o direito público será arreado pela crescente importância da *lex mercatória* e pelas virtudes dos mercados na redistribuição mais equitativa e justa do rendimento. (2011, p. 12). E aponta que em sendo a Constituição um instrumento fragmentário, não teria resposta direta para o problema. Neste contexto, a Constituição,

perde força, e o seu estatuto de lei fundamental é abalado, tendo a mesma de se confrontar com duas possibilidades: ou ficar à margem desta realidade, e ver-se arreada da regulação de alguns domínios, com o risco de perder o seu papel essencial na conformação jurídica do Estado e da Sociedade-nação, ou entrar na luta e arriscar-se a perder a sua função de lei suprema, vendo-se suplantada em diversos domínios por vigorosos *global standards* produzidos à margem dos esquemas políticos tradicionais e por um eficaz e cimentador *soft law*. (SILVA, 2011, p. 13)

⁵ Canotilho identifica que o "constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade." (1997, p. 45).

A reestruturação jurídica é um processo lento e que ainda não alcança grandes dimensões, porque muitos dos caminhos alternativos que se apresentam são encarados com cautela pelos tribunais constitucionais e pelas reformas normativas. A constituição aberta que propõe Häberle provoca a incorporação de uma hermenêutica jurídica acessível a todos os intérpretes da Constituição. Para o autor, todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete. A proposta da democratização da interpretação constitucional é evidentemente a manifestação do anseio de concretar o aspecto mutante da Constituição face as transformações das relações sociais. Segundo Häberle,

os novos conhecimentos da teoria da interpretação diz que ela é um processo aberto, e não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. Assim a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de integração, compondo essa realidade pluralista. Pois se a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, é necessário indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional. (HÄBERLE, 1997, p. 30-31)

Alcançar a justiça no espaço global revela ser o grande desafio do constitucionalismo moderno. O papel fundamental da Constituição na proteção judicial dos direitos enfrenta a fraqueza da incapacidade do Estado em oferecer uma resposta adequada aos problemas que emergem de uma dimensão supranacional. É do enfraquecimento da Constituição enquanto norma máxima de proteção que se acentua a crise do constitucionalismo face às leis do mercado. A desarticulação do projeto político-social constitucional dos Estados pelo processo de globalização econômica é responsável pela trágica desarticulação da coesão social pela coesão político-econômica.

O reconhecimento da complexidade da sociedade global estruturada em redes é essencial para identificação da etiologia da crise do constitucionalismo dos Estados. É a partir do reconhecimento da complexificação da sociedade atual e da sua pluralidade que nasce a necessidade de repensar o Direito de forma reflexiva e crítica. Verificando que a força da Constituição é decrescente frente as múltiplas dinâmicas de poder não é ilógico pensar a crise do constitucionalismo perante a ordem econômica global.

7. O processo de transconstitucionalização

A crise do constitucionalismo pode ser identificado como a ponta do iceberg da inoperância e atuação do texto constitucional com a devida força imperativa que lhe é própria.

⁶ Fatores exógenos como a globalização econômica que desencadeia desigualdades e assimetrias, a crise de representação política nos moldes da democracia liberal, o desmantelamento de políticas públicas, e a carência de efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais evidenciam que as dinâmicas de poder estão mais pautadas nas leis do mercado - em detrimento das relações sociais e do bem estar coletivo.

Fatores endógenos também contribuem para a crise do constitucionalismo como a fragmentação do texto constitucional em diversas áreas e disciplinas, a prevalência dos direitos civis e políticos face os direitos sociais, manifestando o fator político-ideológico sobre o fator jurídico, a crise do controle social da administração pública, a deficiente proteção dos bens da vida, e o frágil controle interno na administração da justiça são alguns dos vetores que refletem a crise do constitucionalismo em suas múltiplas facetas.

A transconstitucionalização é apontada por muitos autores como uma das respostas necessárias a crise do constitucionalismo, e ao sistema global.⁷ Habermas (2012) em sua obra o Ensaio sobre a constituição da Europa aponta uma narrativa nova, a partir da perspectiva de uma constitucionalização do direito internacional, que, associando-se a Kant, aponta para uma situação jurídica cosmopolita, além do *status quo*. Habermas (2012) identifica a possibilidade de uma constituição política numa sociedade mundial pluralista como uma utopia realista. Para ele os conceitos políticos incorretos ocultam a força civilizadora da juridicização democrática – e, portanto, também o compromisso associado desde o início ao projeto constitucional europeu.

Canotilho em prefácio ao Ensaio de Habermas, identifica a racionalidade que tão poucos parecem compreender do ‘regresso da questão democrática’, sendo óbvio que os Estados pagam a governação baseada na intergovernabilidade com o decréscimo dos níveis de legitimação democrática. “Por isso, - e admitindo a inevitabilidade de transferência de direitos

⁶ Paulo Bonavides identifica que o problema da ‘judicialização’ dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa sequência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade. (2004, p. 186).

⁷ De acordo com Ferrajoli, “[...] diante da crise do Estado nacional e do constitucionalismo estatal a única alternativa ao declínio do Estado de Direito e às novas formas de absolutismo do mercado e da política é um constitucionalismo sem estado, [porém,] o constitucionalismo internacional representa a perspectiva a longo prazo certamente mais difícil e improvável.” (FERRAJOLI In ZOLO, 2006, p. 454-455).

de soberania do Estado para outras instâncias de soberania – torna-se indispensável um ‘requisito forte’ para a justificação da incontornável transnacionalização da soberania do povo.” (2012, p,14)

A inevitabilidade da transferência de soberania do Estado as outras instâncias de soberania não deve ser identificado necessariamente como a perda da capacidade de ação do Estado nacional. A edificação de uma superestrutura supranacional revela ser um fator decisivo na organização e definição de forças sociais, políticas e administrativas atuantes no direcionamento das dinâmicas tecnológicas - informacionais e financeiras globais. Para Castells, o papel do Estado consiste agora em receber e processar os sinais do sistema global interconectado e adequá-lo às possibilidades de cada país.

A possibilidade de uma democracia transnacional é uma reposta potencialmente aplicável ao sistema mundo globalizado que reconstrói a ciência política do Estado clássica fundada na soberania absoluta do Estado face a transição para o paradigma do Estado rede que enuncia Manuel Castells (1999). O autor identifica que o Estado está cada vez mais inoperante no plano global e cada vez menos representativo no plano nacional, e que ele tem se mostrado fundamental e descartável, ao mesmo tempo.⁸ A nova estrutura social que se manifesta está pautada em redes de comunicação instantâneas que interligam os indivíduos uns aos outros como em uma cadeia global. Nesse contexto, sua obra Estado-rede: a possibilidade do Estado na sociedade informacional, Castells (1999) aborda o novo modo de relacionamento entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável.

A edificação de uma legislação supranacional, em cooperação com os cidadão dos outros Estados envolvidos a partir de um procedimento democrático é um raciocínio levantado por Canotilho à luz do ensaio sobre a Constituição da Europa. A democracia transnacional que defende Habermas assenta paradigmas de legitimação democrática pautada na coesão social indispensável para o alcance da coesão política. A diversidade nacional e cultural não serão

⁸ Diante da crise paradigmática que impele a transição para um paradigma emergente faz se necessário demarcar a crítica da razão indolente de Boaventura de Sousa Santos. “Há uma desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do determinismo residem na desestabilização das expectativas. (...) As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, torna-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica”. (SANTOS, 2001, p. 41).

ofuscados com a existência de uma supranacionalidade. A inoperância do Estado em lidar com questões que ultrapassam as fronteiras nacionais é causa principal para a necessidade de repensar a estrutura e organização do Estado em conformidade com um novo sistema mundo de caráter complexo e sistêmico e que exige respostas complexas e sistêmicas na mesma proporção.

A constituição de uma comunidade formada por cidadãos do mundo a nível de jurisdição democrática e não meramente tecnológica/informacional depende do estabelecimento de uma legislação supranacional que processe os sinais da complexa trama global e identifique quais serão as cartas do jogo, e que lidere os caminhos e direcionamentos da globalização econômica, social, cultural e ambiental.

A democracia cosmopolita de Habermas talvez seja um terceiro nível de democracia possível paralela a concretização de uma democracia deliberativa de alto nível. O fundamentalismo do mercado que afeta a política social e a política externa do Estado evidencia que é preciso desenvolver uma legislação supranacional que passe a racionalizar e humanizar as atividades financeiras de modo que a perda do controle das dinâmicas do mercado não continue perdurando e majorando as assimetrias globais que atingem mais cruelmente os países periféricos.

8. Considerações Finais

A pretensa concepção de que os direitos sociais não integram o bojo dos direitos fundamentais ‘autênticos’ expressa o distorcido conhecimento da natureza jurídica desses direitos enquanto normas constitucionais cogentes tais quais os direitos de primeira dimensão.

A definição acrítica dos direitos sociais vinculada a estrita acepção de direitos subjetivos positivos-prestacionais é responsável por um reforço negativo da perspectiva programática e discricionária do poder público quanto a efetivação e implementação desses direitos. Os direitos sociais são normas constitucionais cogentes, de caráter originário e coercitivo, e em razão de sua natureza jurídica constitucional não podem ficar sujeitos ao crivo da discricionariedade dos órgãos políticos, jurídicos e administrativos quanto a sua disponibilidade, implementação, controle, monitoramento e proteção.

O constitucionalismo participativo que se busca pronuncia o reconhecimento da complexidade dos problemas globais. É através do desenvolvimento de processos reflexivos

que traduzem a aplicação da lei fundamental no tecido social frente a lei imperativa do mercado financeiro-especulativo internacional que emerge um novo horizonte possível de realização.

Importa identificar a partir de uma perspectiva interdisciplinar quais são os reais óbices à realização dos direitos fundamentais. Muitos são os desafios, especialmente no que diz respeito a responsabilização do Estado pela omissão no cumprimento dos direitos sociais. A falta de uma forte cultura política de participação é igualmente responsável por uma atuação estatal em desconformidade com o interesse público e o bem comum.

A possibilidade de uma democracia transnacional é uma reposta potencialmente aplicável ao sistema mundo globalizado que reconstrói a ciência política do Estado clássica fundada na soberania absoluta do Estado face a transição para o paradigma do Estado rede.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. P. 45 e 46

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucionalidade**. Almedina: Coimbra, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Estado-rede: a possibilidade do Estado na sociedade informacional**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: **Crítica Jurídica**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. nº 22. jul/dez 2003.

DAHL, R. **On Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1998.

GRAU, Eros Roberto. “Realismo e Utopia Constitucional”, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos**

em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.117/126.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição** (tradução brasileira da obra alemã, de 1975, por Gilmar Ferreira Mendes), Fabris editor, Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa.** (Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho). Edições 70: Lisboa, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 17. ed., rev. e atual. Impetus: Niterói, RJ, 2012.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). **Direitos humanos: os desafios do século XXI.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** Forense: Rio de Janeiro, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: **Estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** Saraiva: São Paulo, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente.** Contra o Desperdício da Experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 29. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SECADO, Francisco Fernández. **La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico Español y como Fuente de Todos los Derechos.** In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 03, n.11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 11.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma proposta de compreensão.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Nova York: Alfred A. Knopf, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOCAL, M.; MONTERO, J. R. (eds.) **Political Disaffection in Contemporary Democracies**. Social Capital, Institutions, and Politics. Routledge, London/New York. (2006)

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WILLIAMS, R. **Culture**. Fontana, Glasgow, 1981.

