

O reflexo das crises interconectadas do estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais.

The Effect of the crisis interconnected of the contemporary state in the transformation of the social fundamental human rights.

Yuri Schneider¹

RESUMO: Este estudo tem como objetivo evidenciar como as crises pelas quais passa o Estado contemporâneo influenciam na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como nos princípios da dignidade da pessoa humana e, principalmente, no princípio da igualdade. Procura-se, assim, demonstrar que os direitos fundamentais podem vir expressos tanto em princípios como em regras constitucionais, e que a igualdade, direito fundamental de primeira dimensão, não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal-subjetiva, própria do liberalismo. Conclui-se, então, que é imprescindível que o Estado deixe sua posição de neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover a igualdade material-objetiva.

Palavras-chave: crises do Estado; direitos fundamentais; princípio da igualdade; princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Yuri Schneider é Advogado. Mestre e Doutor em Direito Público pela UNISINOS (CAPES conceito 6). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da UNOESC. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre/RS. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Abstract: The purpose of this article is to show how crises undergone by the contemporary state influence the effectiveness of Fundamental Social Rights, and the principles of human dignity, and especially the principle of equality. With this, hopes to demonstrate that the fundamental rights may come in the form of constitutional principles or rules, and that the equality, as a first dimension fundamental right, cannot be understood by a purely formal subjective logic, inherent to liberalism. The conclusion is that it's necessary that the State abandons a position of neutrality, which has a well proved insufficiency, and start to promote an material-objective equality.

Keywords: crisis of the state; fundamental rights; equality principle

Sumário . 1. Introdução. 2- Crises Interconectadas do Estado; crises conceitual, estrutural, constitucional (institucional), funcional e política. 3. Direitos Sociais, fundamentais? As dificuldades de asseguaração dos Direitos Sociais como direitos essenciais para a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos e do princípio constitucional da igualdade, frente a um processo incessante de globalização com plataforma neoliberal.

1- Notas introdutórias;

A constante evolução do conceito de Estado é tema complexo, fundamentalmente em face as constantes modificações do mesmo.

Isto porque, o Estado contemporâneo passa, ainda hoje, por diversas transformações, refletido pelas já mencionadas “*crises interconectadas*”².

A luta pela construção de um Estado comprometido com a realização dos direitos e garantias fundamentais, principalmente falando nesta pesquisa, dos direitos humanos, e as

² STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 130

barreiras enfrentadas para sua manutenção, são desafios constantemente abordados por uma teoria crítica do Direito e do Estado.

O Estado contemporâneo passa por um momento marcado por um forte antagonismo: de um lado, constitui-se numa associação política de dominação, onde os governados se encontram sujeitos a uma ordem que confere legitimidade a tal domínio, acrescido ao fato de a própria natureza humana inferir ao homem um comportamento voltado à busca do poder sobre todos; do outro, encontra-se marcado por princípios que amenizam e buscam minimizar essa dominação, através de institutos aperfeiçoantes do regime democrático, limitadores da expansão do poder do governante ou respectivo detentor do poder.

Esses princípios “democratizantes-liberais” têm a sua origem no momento histórico da própria Revolução Francesa, com o surgimento do Estado de Direito, como forma de limitar a ação do governante diante dos direitos do cidadão. Entretanto, tal limitação não significou, necessariamente, um avanço da própria democracia enquanto persecução da igualdade formal e material entre todos, na perspectiva dos direitos humanos.

Os debates em torno do remodelamento constante da democracia em busca de formas concretas que privilegiem a participação popular no maior número possível de momentos decisórios da atividade estatal advêm, sem dúvida, de uma crise de legitimidade por que passa o Estado contemporâneo.

Esse tem sido o alvo de inúmeros juristas, tendo em vista as perniciosas conseqüências oriundas desse contexto, pois a perda de legitimidade por parte do poder estatal desconfigura a própria natureza do Estado enquanto persecutor do interesse público, com danos incomensuráveis à própria sociedade, especialmente de ordem sociológica, enquanto poder constituído na busca do bem-comum.

As transmutações ocorridas no Estado moderno, especialmente nas concepções do Estado absolutista – marcado pelo pensamento de Jean Bodin e Thomas Hobbes -, à superação deste mesmo Estado para o Estado de direito, marcado pela liberdade dos cidadãos em relação ao Estado e pela igualdade entre esses mesmos cidadãos, em que se encontram como expoentes John Locke e Immanuel Kant – foram efetivadas com o objetivo maior de limitar a ação do poder estatal, reduzindo-o ao mínimo a fim de obter legitimidade, o que não era mais possível com o Estado absolutista.

Entretanto, pode-se afirmar que houve inegáveis avanços em proveito da ordem econômica perquerida pela burguesia crescente, através de instrumentos que possibilitassem liberdade suficiente para a necessária acumulação de capital do sistema capitalista. Tal contexto, ressalva-se, não obnubila os avanços do Estado de Direito em relação ao Estado absolutista.

Entretanto, o crescimento das demandas sociais fez com que o Estado de Direito, também consignado enquanto um Estado liberal, fosse avolumado em um número de ações e atividades cada vez maiores, a fim de suprir as necessidades da sociedade tanto na área social quanto na econômica.

Da idealização de um Estado mínimo, passou-se a um Estado interventor, voltado à satisfação dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração como o fomentador das atividades econômicas.

Nesta senda, afirmou José Afonso da Silva³, citando Lucas Verdú:

“Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar o primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.

Essa nova configuração estatal, essencial para uma legitimidade somente de um Estado capitalista, é o chamado “Estado social de direito”, que teve seu espaço solidificado do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial.

Num sentido de evolução constante do Estado, especialmente pelo fato de o Estado Social poder embasar regimes tanto democráticos quanto ditatoriais e, surge o Estado Democrático de Direito, que possui uma grande característica, a atuação do indivíduo cidadão diretamente na gestão e no controle da administração pública. Mais do que isso, como diria José Luis Bolzan de Moraes, “ *teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito –*

³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

vinculado ao welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”⁴.

Essa configuração estatal tem por base uma ampliação significativa do princípio democrático, numa busca cada vez maior de legitimidade ao poder público, através da aproximação dos processos decisórios da sociedade civil.

Todavia, há outras perspectivas quanto ao Estado Democrático de Direito, a qual acompanhamos, como a defendida por Lenio Luiz Streck, configurando-o decisivamente pelo deslocamento do poder, que, no Estado de direito, pertencia ao Legislativo (ordenador) e, no Estado social, ao Executivo (fomentador).

No Estado Democrático de Direito, vê-se o deslocamento deste poder ao Judiciário, como poder capaz de efetivar a implementação dos direitos sociais descritos na Carta constitucional : *“Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”^{5 6}*

Não obstante essa dualidade de concepções, às quais se somam outras, vê-se no Estado Democrático de Direito, a subsunção dos avanços que acompanham o processo de transmutação do Estado (Estado de direito e Estado social de direito), na busca da igualdade formal e material através de mecanismos possibilitadores (sejam judiciais ou participativos) de uma efetivação dos direitos sociais.

⁴ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 130

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise; Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 93/94.

⁶ E, continuando o pensamento de Lenio Streck: *“O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.”*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, cit. p. 55..

A perseguição dos fins do Estado Democrático de Direito tem de consubstanciar-se na prática, sendo a participação popular um dos caminhos, não excludente de outros (como a via judicial), pois o Estado, como ordem coativa, conforme o modelo Kelseniano, encontra-se em confronto com a sociedade, colocando em xeque a sua própria legitimidade.

Ademais, o Estado, em inúmeras situações, têm sido incapaz de atender às necessidades básicas da sociedade, mesmo às consubstanciadas nos textos constitucional e infraconstitucional. É claro que isso se dá por uma crise estrutural⁷ do Estado, como mencionaremos adiante. Basta a análise dos direitos sociais consagrados no texto constitucional pátrio para obter uma exemplificação maior. Nessas, se incluem as falsas promessas da modernidade ainda não consubstanciadas -promessas de igualdade, liberdade, paz perpétua e dominação da natureza -, que surgem nos primórdios do modernismo no século XV e perseguem o Estado moderno⁸.

Essa constatação agrava ainda mais o quadro brasileiro, pois se dispõe de uma Constituição que externa o Estado Democrático de Direito como um princípio constitucional, mesmo sem a anterior concretização do Estado Social, criando um abismo social que deve ser superado a fim de se alcançar a própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

2 – Crises Interconectadas do Estado; conceitual, estrutural, constitucional (Institucional), funcional e política.

As crises por que passa o Estado contemporâneo foram objeto de abordagem por vários autores da Teoria do Estado e Ciência Política, no entanto, como já mencionado alhures, para os fins propostos nesse estudo, ou seja o de apresentar o atual cenário estatal em que vivemos, para somente assim, inserirmos a idéia da possibilidade de inclusão social através das ações afirmativas, adotou-se como base principal a classificação realizada por José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, em sua obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*⁹, bem como outra obra do autor Bolzan de Moraes, a qual seria uma continuação de seus estudos a respeito das crises do Estado em conjunto com a

⁷ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit. p.140.

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente - contra o desperdício da experiência*. São Paulo. Cortez. 2000, p. 24.

⁹ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit

transformação histórica/constitucional dos Direitos Humanos, intitulada *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*¹⁰ com na qual se encontram detalhadamente as dificuldades enfrentadas pelos Estados nacionais, especialmente a partir das últimas décadas do século passado quando a crise da economia, e sobretudo as propostas para a sua superação, passam a interferir com vigor no aparelho estatal.

Pois bem. Ao tratarmos sobre o tema das crises interconectadas do Estado, é interessante começarmos a abordagem sobre a ótica da crise conceitual¹¹ do edifício estatal, o que se faz necessário atentar para a idéia de que os conceitos de Estado e de Direito têm sofrido drásticas modificações desde a segunda metade do século XX, que nos sugere uma reavaliação crítica quanto aos processos de formulação e execução da política externa.

Mais do que isso, importante é salientar que o contexto de discussão da crise conceitual do Estado está atrelado incondicionalmente a uma das bases do tripé do Estado moderno, o qual seria o tópico da soberania, visto esta ser o foco da crise abordada.

E, como foco em todo o mundo no seio do pensamento teórico, da esquerda à direita neo-conservadora, esta crise de um entendimento de soberania do Estado, permanece sendo um grande desafio a ser enfrentado na recente virada do século, principalmente no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.

Temos então, a clara ideia de que as crises do Estado mantêm suas raízes não somente em crises de natureza econômica ou financeira, mas mais do que isso, trata-se de uma crise de identidade estatal.

Torna-se fácil explicar a existência desta crise latente no Estado contemporâneo, de seu conceito, quando temos presente em nossa realidade, a transformação de tempo e do espaço, em uma velocidade estrondosa.

¹⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit, p. 129

Sim, pois, as informações contemporâneas, utilizando a novíssima tecnologia, rompem as fronteiras estatais, deixando clara a idéia de Octavio Ianni, quando o mesmo assegura não existir mais “sociedades nacionais”, mas sim “a sociedade global”¹².

Falar em ideia de Soberania, tratada pela primeira vez em *Les Six Livres de la Republique*, com Jean Bodin, em 1576, que mais tarde, caracterizando-se historicamente como um poder juridicamente incontestável é, conforme o pensamento de Bolzan de Moraes, falar de um saudosismo pela falta dos vínculos que circunscrevem esta soberania¹³.

Cabe frisar que, o entorno político-filosófico acerca dos processos globais e regionais hodiernos, resultantes da intensa interdependência transnacional, ainda busca suas próprias estruturas balizantes, particularmente no que tange à soberania nacional.

Necessário para isso - e se faz importante-, mencionar sobre o lato debate acerca da modernidade, como síntese histórica primaz das correções das injustiças sociais, remontando-nos a apontar o que afirmou Ernildo Stein, quando citou os dizeres de Jürgen Habermas ao colocar que a modernidade é um projeto inacabado¹⁴. De fato, faz-se necessário o equacionamento crítico da Soberania nacional (*summa potestas*), diante das vertiginosas mudanças culturais, tecnológicas, sociológicas, enfim, mudanças fronteiriças veladas, ou seja, o sujeito cognoscente diante do desterritorializante processo de globalização e regionalização.

E, para entendermos este processo de crise soberana, deve-se dar atenção a esta caracterização do atual contexto da modernidade¹⁵.

Nesta senda, utilizamos interessante entendimento de Zygmunt Bauman, onde, para quem, a modernidade é “leve” e “líquida” e não mais uma modernidade “pesada” e “sólida”¹⁶.

¹² IANNI, Octavio. *A Sociedade global*. 11ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p.35.

¹³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

¹⁴ STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3ª ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2001, p.11.

¹⁵ Quanto ao tema, importante referir o entendimento de Lenio Streck para quem, “*O (dominante) discurso neoliberal –atravessado/impulsionado pelo fenômeno da democracia delegativa (e aqui, o autor utiliza expressão de Guillermo ‘ODonnell, onde o mesmo sugere tal expressão pois “democracia delegativa, fortemente individualista, com o corte mais hobbesiano do que lockiana), adjudica sentidos em nosso*

Menciona o autor que a leveza e a “fluidez” são associadas à mobilidade e à inconstância. Para o autor, a modernidade não foi fluida desde sua construção, mas acontece, sim, como um fenômeno contemporâneo, porém já apontada na frase “*derreter os sólidos*” existente no Manifesto Comunista. Para Bauman, a expressão “*derreter os sólidos*” existente no Manifesto, não trazia o desejo de eliminá-los e construir um novo cenário sem sólidos, mas sim, a idéia seria “*limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso, não mais alterável*”.¹⁷.

O “*derretimento dos sólidos*” apresentou uma nova roupagem no atual contexto da modernidade, um sentido de nova formação de metas.

Os mencionados “*sólidos*”, por Bauman, hoje são os “*padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro*”¹⁸.

Seguindo o pensamento de Bauman, a “*modernidade fluida*” exige que sejam revisitados velhos paradigmas e dogmas, visto que se apresentam como estando mortas e ainda vivas.

Aduz o autor:

*“... a questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz”*¹⁹.

E o debate que se coloca sobre a crise conceitual do Estado, mais precisamente quanto à ideia de soberania, no cenário da globalização e dos processos de integração, passa a ser exatamente os mesmos apontados nestas metáforas de Zygmunt Bauman.

Em se tratando da discussão da ideia de soberania estatal e reflexos das transformações de um Estado moderno, ao compararmos tais aspectos da modernidade com

cotidiano, tentando convencer-nos que a modernidade acabou. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.. Op.cit. p.21.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

¹⁷ Idem, p.09.

¹⁸ Ibidem, p.13.

¹⁹ Ibidem, p. 15.

a realidade no Brasil, temos novamente como importante referir o pensamento de Streck quando aponta que,

*“Para a elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isto parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento, como absolutista e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se, surgindo o Estado contemporâneo sob as sua mais variadas faces. Essa transformação decorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo”.*²⁰

E continua o jurista gaúcho:

*“No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve(há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é um monumento a negligência social, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque, o Estado no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas de modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista neoliberal”.*²¹

A ideia de soberania, ao lado de povo e território, representou um dos alicerces tradicionais da formação do Estado Moderno. No entanto, as noções de desterritorialização e reterritorialização, ínsitas ao fenômeno da globalização atual, redefinem os conceitos de soberania nacional, em especial quanto ao seu conteúdo.

A soberania, como poder supremo, se tornou elemento essencial do Estado Moderno, inicialmente através da supremacia da monarquia com o rei sendo o detentor de vontade incontrastada diante de outros “poderes” da época, tais como a nobreza e senhores feudais.

²⁰ E, nesta mesma linha cabe mencionar o apontamento de Lenio Streck sobre os dizeres de Boaventura de Souza Santos quando este expõem que *“esse Estado, também chamado de Estado de providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista”*. E continua o constitucionalista gaúcho: *“Esse tipo de Estado, segundo os neoliberais, foi algo que passou, desapareceu, e o Estado simplesmente tem, agora, de se enxugar cada vez mais. Para os neoliberais, complementa o mestre português, el (o Estado) é, agora, uma instituição anacrônica, porque é uma entidade nacional, e tudo o mais está globalizado”*. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.. Op.cit. p.22.*

Ou seja, o poder era absoluto e perpétuo, pois não sofria qualquer limitação inclusive quanto à sua duração. Submetia-se apenas às leis divinas e naturais. Em um segundo momento, através de Rousseau, a soberania sai das mãos do rei, do soberano, passando a sua titularidade ao povo que consubstancia a sua vontade geral no contrato originário do Estado, e dá um caráter racional a este poder soberano. No decorrer do século XIX ela se desenvolve para uma idéia de emanção do poder político, e, posteriormente, passando a titularidade ao Estado, transformar-se-á em característica fundamental do aparelho estatal.

Pode-se dizer então, conforme Bolzan de Moraes que “*a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável*”, e através dele “*se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas*”.²²

Essa definição expressa as dimensões da soberania adquirida/construída pelo Estado moderno, ou seja, há uma soberania interna e uma externa. Luigi Ferrajoli²³ aborda essa dicotomia ao tratar da noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si), dizendo que a Soberania interna “*é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito*”. Em relação à soberania externa afirma ser a história de sua progressiva absolutização, tendo seu auge na primeira metade do século XX com a deflagração de duas grandes guerras mundiais.

A globalização e, posteriormente, o modelo neoliberal, com suas profundas transformações, não só econômicas, mas também no âmbito social e político, apresentam uma nova e inusitada realidade aos Estados nacionais, pois a descomunal força adquirida pelos conglomerados empresariais transnacionais e a formação das chamadas comunidades regionais (União Européia, Nafta, Mercosul, por exemplo) teve papel fundamental na relativização da soberania estatal, porquanto o Estado vai continuamente perdendo a sua

²¹ Idem. p. 25.

²² *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. cit. p. 130

²³ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.03.

condição de centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial²⁴.

É claro que o processo de globalização não foi montado todo de uma só vez, mas é certo que o processo acirrou-se a partir do contexto do segundo pós-guerra. A partir de então, nesse momento de reconstrução do mundo, percebe-se uma forte tendência à internacionalização do capital, desenhada pela busca de espaços mais amplos e desregulamentados.

Neste contexto, Octávio Ianni²⁵, menciona existir três formas de tendência à internacionalização. Na primeira, o capitalismo organiza-se em moldes nacionais, sintetizando a sociedade civil no Estado à medida que define as formações sociais nacionais. A partir de então, o capitalismo assume sua segunda forma, atravessando fronteiras, mares e oceanos. Nesse momento, subsistem e florescem as formações econômicas nacionais, na mesma proporção em que se desenvolvem e prosperam os sistemas mundiais. Metrôpoles simbolizavam países dominantes e coloniais, dependentes e associados. No entanto, vai-se além; novas transformações emergem.

Na sua terceira forma, o capitalismo assume perfil propriamente global; é quando, o autor citado, repara no declínio dos Estados-Nação, tanto os dependentes como os dominantes.

Com isso, após despir-se de algumas de suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, o Estado é redefinido, debilitando-se. Por isso o mesmo esvai-se e acaba perdendo o seu escudo da soberania estatal.

Esse é apenas um dos objetos pelo quais se podem mirar as insuficiências e deficiências do Estado contemporâneo. Se for verdade que a globalização, dentre outros fenômenos da contemporaneidade, tende a borrar as fronteiras dos Estados nacionais, deve-se falar, então, de uma crise da soberania enquanto base de uma crise conceitual do Estado.

E, por óbvio que esta não se trata de uma crise isolada, ou desconectada dos avanços e retrocessos que marcam os passos do Estado contemporâneo sob outros aspectos. Ao lado dessa crise conceitual, inúmeras outras podem ser apontadas a partir do atual cenário de (in)suficiências e (d)eficiências que marcam o Estado contemporâneo.

²⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28.

²⁵ *A Sociedade global*. Op. cit p.35.

Por isso, não podemos nos atrelar à ideia de que o Estado possa desaparecer. Existe sim, uma nova noção de sua dimensão, por seus elementos constitutivos não mais servirem para tal função.

Os paradigmas povo, território e soberania, principalmente o último, devem ser revisitados, todavia, atentando para os reflexos negativos ao caráter social em um esfacelamento dos Estados nacionais, da cultura, da economia, da política e da personalidade. É claro que, com outras bases de apoio e não aquelas que, como comentado anteriormente, traz-nos saudosismo, mormente falando do conceito de Soberania.

Por fim, em se tratando da crise conceitual, o que é importante salientar, principalmente neste artigo, é que, como menciona Bolzan de Moraes, esta crise atinge indistintamente a todos os Estados Nacionais, com maior ou menor intensidade.

E aduz o autor:

“ ...o modelo de Estado construído na modernidade, com sua tríplice caracterização (...) já não consegue dar conta da complexidade das (dês)estruturas institucionais que se superpõe hoje. Em vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização de estruturas, ou da falta delas – locais, regionais, nacionais, continentais, internacionais, supranacionais, mundiais; públicas, privadas, semipúblicas; oficiais, inoficiais, marginais; formais, informais, paraformais; democráticas, autocráticas; etc.”²⁶

E conclui:

“Tais circunstâncias impõem o enfrentamento deste tema não mais a partir uma fórmula dogmatizada, mas e sobretudo, desde estruturas abertas que permitam ter presentes tais pulverizações, sem perder de vista as conseqüências de tais possibilidade, assim como o papel fundamental das estruturas públicas estatais no contexto das sociedades periféricas o enfrentamento das desigualdades e na promoção de políticas de inclusão social, o que nos leva a enfrentar o tema da(s) crise(s) que afeta(m) uma expressão peculiar do Estado –dito Moderno-, qual seja a que, a partir de sua formulação moderna, privilegia o seu papel interventivo/transformador, o Estado Social em suas múltiplas facetas.”²⁷

²⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 33.

²⁷ Idem . p. 33.

Nesta senda, importante, também, é referir sobre as demais crises do Estado, onde as mesmas, como menciona Bolzan de Moraes, interconectam-se, sendo elas: uma crise estrutural, constitucional(institucional), funcional e política.

Em relação à *crise estrutural*²⁸ do Estado, pode-se afirmar que o foco principal do debate gira em torno das críticas feitas à manutenção do Estado do Bem-Estar Social. Esse perfil estatal foi construído ao longo de anos de lutas sociais com intento de aperfeiçoar a regulação social, ou seja, incorporando na ideia de Estado o trato da regulação para a convencionalmente chamada questão social, até então não aplicado de forma efetiva no Estado liberal de Direito.

Em razão dessas reivindicações o Estado vai agregar um sentido finalístico, adquirindo uma função social e transformando-se em Estado Social ou *Welfare State*, obrigando-se a uma atuação interventiva-promocional, ou seja, passa do Estado Mínimo àquele garantidor do bem-estar do cidadão.

Todavia, é importante frisar que, em um primeiro momento a mudança de transformação da atuação do Estado, deixando o mesmo de ser mínimo, beneficia outros segmentos da sociedade que não somente as classes trabalhadoras, mas também apontou para outras circunstâncias como investimentos em estruturas básicas no processo produtivo industrial²⁹.

Já como outra circunstância, e não menos importante, ressalta-se a transformação no sentido de que, a democratização dos movimentos sociais refletiu na abertura de outros caminhos onde ficou estabelecido o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Vindo este aspecto ser, uma das principais problemáticas do próprio Estado de Bem-Estar, vindo a confrontarem-se, pelo crescimento da atividade estatal, democracia e burocracia.³⁰

Como se mencionou anteriormente, a essência do Estado Social está calcada na ideia de intervenção porque a população tem direito a ser protegida, e independente de sua situação social ao indivíduo devem ser garantidos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo-lhe assegurados não como caridade, mas como direitos políticos³¹.

²⁸ Idem, p. 34-46.

²⁹ Idem, p. 35.

³⁰ Ibidem, p. 36.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986. p 416

É o que afirma Bolzan de Moraes, no momento em que aponta o Welfare State como

“...aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido, através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer como fundamento para a atividade interventiva do Estado”³².

A constitucionalização desse modelo estatal começa a ser construído com as Constituições Mexicana, em 1917, e a de Weimar, em 1919. Embora não uniformes, haja vista vincular-se intrinsecamente a uma conjuntura econômica específica, o Estado Social apresenta características que lhe dão unidade: a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico no sentido de cumprimento de sua função social.

E nesse momento, surge uma questão: podemos dizer que tais direitos mínimos estariam esgotando a matéria de uma chamada inclusão social?

O mencionado anteriormente pelo autor, que o Estado de Bem-estar social estaria visando proteger o cidadão através de mecanismos contra ocorrências de curta ou longa duração, está, em nosso entendimento, ligado diretamente a noção da efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais visto estes terem como base a questão da igualdade.

Mas, além disso, como Fernando Scaff³³ dizia, a intervenção pública, além de acalmar os reclames dos movimentos sociais, em especial dos trabalhadores, vai permitir também a flexibilização do sistema, garantindo a sua manutenção e continuação e, mais, criava as condições materiais para o seu desenvolvimento.

Essa constante intervenção estatal com intuito social promoveu a democratização das relações sociais, o que vai desaguar na formulação de um Estado Democrático de Direito, que pode ser resumido como o aprofundamento do Estado de Direito e do *Welfare State*, pois, a par da questão social, agrega-se ou qualifica-se pela busca da *igualdade*. O conteúdo deste modelo representa um *plus* ao Estado Social, pois impõe a ordem jurídica e a ação estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

Esse modelo de Estado, para sua institucionalização, seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua negação caracterizou-se por crises, avanços e recuos, marchas e

³² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37-38.

³³ SCAFF, Fernando F. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. S. Paulo: Saraiva, 1990

contramarchas. Contemporaneamente, seus maiores opositores encontram-se entre os denominados neoliberais, pois preconizam abertamente o fim do Estado de Bem-Estar em face da alegada incompatibilidade funcional à era da globalização econômica³⁴.

Nesta linha de raciocínio, podemos nos apoiar no pensamento de Lenio Streck, quando o mesmo cita René Antônio Mayorga, estudioso da “modernidade” latino americana, quando este afirma que:

“A América Latina onde o Estado de bem-Estar jamais chegou a estabelecer-se e consolidar-se como na Europa social democrática, tem agora menos perspectivas de desenvolvimento do que há décadas atrás e os processos de redemocratização em andamento encontram-se num contexto de crise econômica generalizada, não havendo capacidade para resolver os problemas da acumulação, a distribuição eqüitativa dos benefícios econômicos e, simultaneamente, democratizar o estado”³⁵.

E Streck, complementa:

“Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou welfare state têm conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social foi – especialmente no Brasil- pródigo(somente) para com as elites, enfim, para as camadas médias-superiores da sociedade que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia...”

E, atualmente, é nesse pensamento que continua se balizando os ideais neoliberais, visto estes buscarem, a qualquer custo, a minimização do Estado, nunca indo contra a sua natureza.

E é por isso, que Streck, conclui seu pensamento dizendo que:

³⁴ Conforme Streck, “A globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do welfare state. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional. Nesse contexto Arruda r. chama a atenção para o fato de que estamos diante de um frenesi teórico e prático representado pelos discursos apocalípticos antimodernos, onde a globalização neoliberal é vista como sinônimo de modernização. Na verdade, acrescenta, o que nos é vendido como prova de modernidade dá os claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com a filosofia pós-moderna, traz resultado sinais de retorno à pré-modernidade, perigo para qual também alerta André-Noël Roth, ao denunciar que a globalização nos empurra rumo a um modelo de regulação social neofeudal, através da constatação do debilitamento das especificidades que diferenciam o Estado moderno do feudalismo: a) a distinção entre a esfera privada e esfera pública; b) a dissociação entre o poderio político e o econômico; e c) a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil”. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.. Op.cit. p.23.*

“Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera pois sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas”³⁶.

É claro que o próprio autor comenta não poder afastar a ideia de que as lutas políticas são importantes, através dos poderes Executivo e Legislativo e de todos os movimentos sociais.

Pois bem. O declínio dessa formulação estatal, de bem-estar social, foi permeado por outras crises, como aduz Bolzan de Moraes, citando Pierre Rosanvalon³⁷, as quais seriam, uma crise fiscal, uma crise ideológica e uma crise filosófica.

Inserida na crise estrutural, a *crise fiscal-financeira*, que para alguns está por trás de todas as críticas e revisões ao Estado Social, aparece já na década de 60, quando surgem os primeiros sinais de desequilíbrio entre receitas e despesas públicas. No início dos anos 70, a crise do petróleo, que redundará numa crise econômica mundial, levará a um acréscimo das despesas públicas e, ao mesmo tempo – e também como consequência dessa desestruturação econômica – a impossibilidade de um aumento da carga tributária em virtude das tensões sociais que caracterizaram esse período histórico. Isso resultará, como inescapável corolário, no crescimento do déficit público, haja vista que as demandas sociais aumentam em razão da recessão econômica mundial e, por outro lado, há a diminuição da arrecadação fiscal. Esses fatos – recessão econômica, debilidade pública e demandas sociais – foram grandes incentivadores para o avanço das ideias neoliberais do “enxugamento” do Estado.

Ao final do século passado, a crise do *Welfare State* alcança os países centrais que se defrontam com demandas sociais há muito superadas, especialmente o desemprego. Nestes (os países centrais) e nos periféricos, as situações transitórias de dependência estatal, razão pela qual aquele modelo se impôs, se tornaram permanentes ou de longa duração. Por

³⁵ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. op. cit, p. 73

³⁶ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit. p. 27.

consequência, as políticas públicas para remediar essas necessidades sociais se transformaram, obrigatoriamente, em programas recorrentes de governo. Essa ampliação e duradoura despesa pública vai resultar em sucessivos déficits públicos, deixando muitas economias em verdadeiro estado “falimentar”. As alternativas – de imediato encampadas pelo projeto neoliberal – situam-se ou no aumento da carga tributária ou na redução das despesas públicas ou, ainda, as duas concomitantemente. Essa terceira possibilidade é o que, paulatinamente, vem sendo aplicada, com o aval de instituições financeiras multilaterais, em diversas economias nacionais e, conseqüentemente, fulminando a continuidade do modelo estatal do Bem-Estar Social. Isso, sem falar, é claro, da presença das novas tecnologias que transformaram o cenário de trabalho em filas enormes de desemprego e exclusão social.

Mencionam-se, ainda, as *crises ideológica e filosófica* que atingiram o Estado Social.

A primeira poderia também ser denominada de crise de legitimação, haja vista que se estabelece em torno da capacidade de organização e gestão dessa forma estatal. Com efeito, a partir dos anos 80 ocorre o embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política, pois há o aumento de *locus* de participação política, o que impulsiona as demandas sociais, e, por outro lado, a burocratização para formular respostas a estas pretensões, ou seja, a política cede lugar à decisão tecnoburocrática. Saliente-se que não raras vezes a demanda política se vê frustrada pelo caráter técnico da solução apresentada. E, não podendo esquecer as palavras de Norberto Bobbio a esse respeito, “*enquanto a democracia tem uma trajetória ascendente, a burocracia faz o percurso inverso, ou seja descendente..*”³⁸.

Trata-se, por isso mesmo, de um processo peculiar de expansão jurídica, e até certo ponto revelador do grau de desarticulação organizacional do próprio Estado. É a crise generalizada do Estado brasileiro do ponto de vista de sua legitimidade, de sua capacidade funcional e de sua competência técnica — crise essa que se traduz pela sua flagrante incapacidade de exercer, de modo minimamente congruente, seus papéis de provedor de

³⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 171.

serviços básicos, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas, produtor de bens estratégicos, prestador de serviços essenciais e executor de políticas sociais e programas de ajuste macroeconômicos.

No tocante à questão filosófica pode-se dizer, acompanhando Bolzan de Moraes que, como consequência dos anteriores, essa crise atinge o fundamento básico do Estado Social, qual seja: *a solidariedade*. A incapacidade do Estado de Bem-Estar Social em formular um protótipo antropológico que lhe desse sustentação, sobretudo dispendendo sobre agentes dotados da compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. O que se deu, na verdade, foi a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, com a apropriação privada da poupança pública e distribuição clientelista das soluções estatais e dos serviços públicos³⁹.

É inevitável que todas as crises anteriores se reflitam no Direito, principalmente no instrumento da modernidade onde se estabeleceram os conteúdos políticos definidos pela sociedade como a organização do poder político e o asseguramento das liberdades – a Constituição.

Importante referir que, na atual conjuntura de crise estrutural do Estado, com o mesmo esgotado em seus aspectos financeiro, ideológico e filosófico, acreditamos que o Direito deva responder, de um lugar afastado do Estado, estes clamores de uma sociedade que não tem esperanças de ver atendidas as políticas de inclusão social. Todavia, deve-se, para isso, atentar que esse mesmo Direito deve ser visto como Streck⁴⁰ já referia, como instrumento de transformação social, pois esta é a ótica do modelo de Estado Democrático de Direito previsto em nossa Constituição, o que não ocorre por haver uma desfuncionalidade do próprio Direito das instituições que são responsáveis por aplicar a lei.

Seguindo esse pensamento é que nos deparamos com a chamada crise *constitucional* ou *institucional*, principalmente porque a Constituição, sendo um documento jurídico-político, e estando sujeita às tensões sociais e ao jogo dos poderes, não pode se transformar em local de explicitação de programas de governo ao sabor dos influxos econômicos, sob pena de fragilizá-la como paradigma ético/jurídico da sociedade e do poder, conforme bem aduz Bolzan de Moraes⁴¹.

³⁹ *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação...*, cit. p. 43-44.

⁴⁰ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit. p. 33.

⁴¹ *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação...*, cit. p. 47.

Todavia, é importante referir, antes de expormos os aspectos desta crise constitucional, a presença latente de uma crise de uma legislação pátria como um todo, principalmente em se falando da legislação social.

Pois como até mesmo identificou Lenio Streck, “*É importante observar, no meio de tudo isso, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição*”.⁴²

Essa *crise de legalidade*, comentada pelo jurista gaúcho, pode-se constatar quando temos que, para nossa sociedade, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação social, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, inter cruzando-se continuamente, produzem vários sistemas legais.

O que se apresenta com isso, é uma profunda mudança em nosso ordenamento jurídico, que tem como característica a ideia de um direito fechado, hierárquico e axiomatizado, substituindo por um direito organizado em suas regras sob formas inter-relacionadas com estas múltiplas cadeias normativas, que entende-se consigam capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica.

E esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A clássica distinção entre interesses privados comuns e coletivos, por exemplo, não é mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros, mormente em se falando em políticas de inclusão social.

Ao nos depararmos com o crescimento deste modelo, temos o surgimento de um aumento incessante de novas regras e matérias regulamentadoras, onde se constata o esvaziamento da função das leis e uma grande ampliação das obrigações deste rol legal, sendo repassado para a magistratura, para que essa possa livremente apresentar a argumentação e fundamentação de suas sentenças, onde teremos, por óbvio a possibilidade de decisões divergentes entre si. E, além disso, temos presente a desvalorização da Constituição em preferência a estas (novas) legislações.

⁴² *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit. p. 27.

Por isso, num sistema jurídico formado de maneira viciada por leis de circunstância e regulamentos momentâneos de necessidade - condicionados por conjunturas específicas e transitórias -, a velocidade e a intensidade na produção de normas constitucionais, leis ordinárias, portarias, instruções normativas e decretos leva o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras quanto dos atos que disciplina.

Por esse motivo, talvez, e aqui como exemplo, as leis que abordam sobre a matéria de discriminação ou políticas inclusivas em nosso Estado-nação, não tenham tido eficácia plena, além de outros fatores inerentes a um Estado que passa, como dito anteriormente por diversas crises.

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que o Estado tem ao seu dispor, o tipo de legislação descrita nos dois últimos parágrafos tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado nessa matéria.

No primeiro caso, essas tensões são apresentadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Estado, os sindicatos, os movimentos comunitários, as entidades representativas, as associações religiosas e as corporações muitas vezes vêm suas conquistas formalmente consagradas em textos legais não atendidos, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas torna-se pesado, ineficaz e impotente.

E, num segundo aspecto, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa complexa rede regulatória e de pequenos sistemas normativos esse ordenamento jurídico viciado (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de fachada (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

Por isso que, nesse contexto, uma discussão que se impõe é a viabilidade de uma Constituição Dirigente, conforme cunhou Canotilho, em sua obra *Constituição Dirigente e*

*Vinculação do Legislador*⁴³. Conforme o mestre lusitano, nesse tipo de Constituição o legislador ordinário já não é mais totalmente soberano em matéria de direito social e econômico, devendo suas decisões guiar-se por princípios e diretrizes programáticas definidas pelo poder constituinte, os quais podem ter caráter negativo, mas principalmente positivo, pois estão voltados à consecução de determinadas metas e objetivos materiais. Os governos também ficam vinculados, sob pena de serem acionados judicialmente em face da inconstitucionalidade por omissão. Há, portanto, não uma intervenção estatal temporária ou excepcional, mas sim uma regulação permanente, tornando-se uma obrigação constitucional aos dirigentes do Poder Executivo⁴⁴.

Com a emergência do fenômeno da globalização neoliberal há uma relativização da soberania do Estado em virtude da interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais. Estes se convertem em verdadeiros centros de poder, o que muitas vezes condiciona as ações estatais. Nesse sentido, adverte Faria que “o sistema político deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade por ela própria” e, “em vez de uma ordem soberanamente *produzida*, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente *recebida* dos agentes econômicos”⁴⁵.

Por outro lado, há quem defenda, mesmo no contexto da globalização atual, a supremacia constitucional, a força normativa da Constituição e a necessidade de uma Constituição vinculante e programática, como são os casos de Bonavides⁴⁶ e de Streck⁴⁷, para quem esse tipo de Constituição “*não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia*”.

Por isso que, finalizando o aspecto da crise constitucional ou institucional, decorrente da crise estrutural do Estado, urge a necessidade de uma racionalidade legal nova e capaz de dar conta do componente corporativista que vai caracterizando seu processo decisório; uma racionalidade forjada a partir da consciência, tanto dos legisladores

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁵ Idem, p. 35.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

quanto dos próprios líderes empresariais e trabalhistas, de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as grandes organizações exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidas com a colaboração delas. Portanto, uma racionalidade responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários sub-sistemas sociais.

Há que se repensar doutrinariamente o direito positivo a partir de paradigmas originais e sensíveis tanto à tendência das organizações à autonomia e à independência, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha⁴⁸, quanto à emergência dos novos institutos jurídicos especialmente voltados aos setores sociais marginalizados — aqueles que não têm condições de se integrar no processo de modernização econômica.

Esse novo tipo de racionalidade jurídica e essa nova forma de se repensar o direito justificam, no Brasil contemporâneo, em face da já mencionada ruptura da tradicional concepção piramidal do nosso sistema jurídico — um sistema que, tradicionalmente, tem sido apresentado como uma totalidade coerente, como uma ordem unitária que exclui a contradição e a descontinuidade, como um conjunto de normas hierarquizadas e solidárias, vinculadas por meio de relações lógicas e necessárias.

Decorre daí a necessidade de se repensar não apenas o papel dos operadores do direito em seus diferentes níveis, mas o da própria organização judicial e da respectiva cultura técnico-profissional de seu corpo de magistrados. Também decorre daí a necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do país, a fim de se evitar que, em nome da restauração da governabilidade, seja sutilmente promovida a desmontagem de importantes direitos sociais duramente conquistados pelas minorias segregadas após décadas de luta.

⁴⁷ *Jurisdição constitucional*.... Cit. p. 75.

⁴⁸ Campilongo, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994., p. 47.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infraconstitucional, e do Direito como um todo, poderemos vislumbrar outras condições de possibilidade para a efetivação das políticas de inclusão social, onde com haverá com isso uma transformação do imaginário social.

Todavia, para isso, deve acontecer no plano hermenêutico, com bem ensinou Streck; “...a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista- normativista de produção do direito...”⁴⁹

Por isso Streck concorda com Warat, quando este afirma que “a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, o Direito não pode (mais) ser visto como sendo tão-somente uma racionalidade instrumental”⁵⁰.

Este está dentre os motivos do Estado ter a maior dificuldade em resgatar essa dívida social, das promessas não cumpridas da modernidade, bastando, para provar isso, ou seja, este déficit do imaginário social, por uma produção do Direito enraizada num pensamento liberal individualista, saber que a sociedade ainda acredita que exista um lugar demarcado para cada cidadão, abrindo cada vez mais o abismo que existe na ordem social.

Outras duas crises também se apresentam como corolário das primeiras – a *crise funcional* e a *crise política*.

Não menos importante que as outras já mencionadas temos que a *crise funcional*, ou como bem define Bolzan de Moraes, “a perda da exclusividade”⁵¹, apresentada na multiplicidade dos *loci* de poder, cria com isso um afastamento de centralidade e exclusividade do Estado.

E essa perda de centralidade não pode ser analisada somente por um viés interno (separação/harmonia das funções estatais), mas também, e muito importante nesse ponto, a sua análise externa, onde temos a invasão de um dos setores da estrutura tripartite, pelo outro, quando temos por exemplo, atividades do legislativo sendo efetuadas pelo executivo, como no caso das Medidas Provisórias, bem como quando o Estado perde a concorrência para outros setores. Isso nos trás a idéia de uma fragilização de um poder perante o outro.

⁴⁹ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit. p. 33.

⁵⁰ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit. p. 27.

⁵¹ *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação...*, cit. p. 50.

Já em se tratando da *crise política*, é importante salientar que o modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade transformada historicamente, deixa claro um aspecto de impotência para dirimir as questões sociais.

A democracia representativa apresenta-se como uma fórmula de pseudo ditadura, onde durante quatro anos, a candidato representante de seus eleitores atua da forma que bem entende sem haver a possibilidade de manifestação de seus próprios votantes, ou seja, com tal modelo se expressa um enfraquecimento do espaço público na política, conduzindo o cidadão a um processo de “*apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições*”⁵².

Para isso, acompanhamos a ideia de Bolzan de Moraes, no que se refere à utilização de fórmulas da chamada democracia participativa⁵³, como alternativas possíveis de inserção dos cidadãos novamente no cenário político, ultrapassando os esquemas que caracterizam a democracia representativa, onde o controle público é diminuído.

Aliás, não seria incorreto referir que esta seria a realidade de um sistema político estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão da proporcionalidade na representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promoverem agregações de interesses; de um sistema econômico conhecido pela sua ineficiência na formulação, implementação e execução de políticas públicas; de um sistema social caracterizado por crescentes déficits de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego e a inflação comprometem os padrões de coesão vigentes; e de um sistema cultural marcado por um déficit de motivação, revelado pelo descrédito com relação às instituições, pela descrença com relação a certos valores éticos e pela apatia.

Finalizando, entende-se que estas crises interconectadas do Estado, podem ser consideradas o pano de fundo na fundamentação para o déficit crescente da inefetividade das políticas de inclusão social, haja vista, primeiro, a falta de sustentação no edifício estatal concretizado na questão da soberania e sua relativização (crise conceitual), segundo, a problemática estrutural do Estado, em se tratando das crises do Welfare State, como as crises fiscal, ideológica e filosófica, bem como do modelo que emerge como uma

⁵² *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação...*, cit. p.55.

⁵³ *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação...*, cit. p.57.

transformação da fórmula Estado de Direito/Welfare State, o qual seria o Estado Democrático de Direito, as quais apresentam uma perda de terreno para as ideias neoliberais de Estado mínimo, e, em um terceiro momento uma crise institucional (constitucional), onde vislumbramos de maneira exacerbada uma desconstitucionalização, o desrespeito a Carta Maior, com a inefetividade dos direitos fundamentais, mormente se falando, o que é o cerne desta pesquisa, a inefetividade do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material.

3- Direitos Sociais, fundamentais? As dificuldades de estabelecimento e asseguaração dos Direitos Sociais como direitos humanos fundamentais sociais, essenciais para a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade, frente a um processo incessante de globalização com plataforma neoliberal.

Depois de analisados os argumentos sobre crises do Estado, cabe-nos agora, abordar a respeito de assunto que entendemos estar ligado diretamente com a crise estrutural do Estado, bem como a crise constitucional, não afastando a interconexão existente destas duas com as crises conceitual, funcional e política, como abordado anteriormente.

Trata-se de abordagem sobre os Direitos Sociais previstos na carta maior de nosso país, inseridos na ordem dos direitos fundamentais e que, ao nosso ver, são dispositivos consecutórios para a efetivação daqueles mencionados anteriormente, os quais seriam os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade, não esquecendo de correlacionar com outros dispositivos não menos importantes, qual sejam, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, I, III e IV da CF/88), bem como os princípios seguidos por nosso Estado-nação em suas relações internacionais, mormente se falando na prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, da CF/88).

Em verdade, o objetivo convergente deste artigo, visa discutir e fundar alicerces na ideia de que os Direitos Sociais, aqui principalmente se falando do Art. 6º da Constituição Federal de 1988, devem sim, ser considerados norma integradora dos Direitos Fundamentais existentes na carta maior.

Todavia, há quem diga que tais Direitos não possam ser considerados como direitos fundamentais, pois não restariam elencados como direitos auto-aplicáveis, visto os mesmos dependerem da ação política do governo, não tendo inclusive, instrumentos processuais constitucionais que possam obrigar sua aplicação no âmbito social.

Diferentes formas de argumentação se apresentam para sustentar a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, vale dizer, afirmados universalmente e consagrados no sistema jurídico nacional.

Todas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como verdadeiros direitos⁵⁴.

E, uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais, é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais, ficando aqueles, assim, privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, tornando-se meras pautas programáticas.

Baseia-se nestes argumentos, a doutrina jurídica atual, pelo nosso entendimento, para justificar modelos políticos sociais que se antepõe à ideia central do Estado Democrático de Direito, que afirma ser a observância dos direitos sociais uma exigência ética, não sujeita a negociações políticas⁵⁵.

Para nós, não há dúvida de que os direitos sociais são uma forma de manifestação dos valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Mesmo sabendo disso, é interessante desconstruir alguns argumentos que vão contra a idéia de que os direitos sociais devam ser considerados direitos humanos fundamentais.

Aliás, várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos sociais, como direitos não elencados no rol dos “fundamentais”.

Ou seja, a ideia de alguns juristas é de que, a questão dos direitos fundamentais, a partir do fenômeno citado, encontra-se num paradoxo entre um dinamismo essencial decorrente da própria noção de direitos fundamentais e uma necessidade de conservar a integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica dos mesmos.

⁵⁴ KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.23

⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*, em *Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica*. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovezan, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p.135.

Para alguns autores, existe então um processo de multiplicação de novos direitos que conduzem a questionamentos a respeito da adequação desses direitos à característica “fundamental”, ou seja, questiona-se se todos esses direitos são direitos fundamentais. Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar que há um pensamento de desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma propagação descabida da própria noção de direitos fundamentais. A partir dessas ideias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais. Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal⁵⁶, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal.

O que nos parece é que esse questionamento sobre a noção de direitos fundamentais advém do surgimento e da tipificação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Somos levados a crer que talvez esteja aí o cerne das inquietações.

Com isso, a ideia e o regime jurídico dos direitos sociais, fica prejudicada por uma profunda dificuldade que a doutrina possui em lidar com aqueles, perdendo a característica de valores supremos da ordem constitucional, consagrados na lei magna (arts. 6º a 11º), pertencentes, assim, à categoria dos direitos fundamentais (Título I da Constituição de 1988).

Acaba que esses direitos, evidenciam-se rebaixados na norma constitucional, por uma hierarquia equivocada, onde os mesmos ficam reduzidos a simples normas programáticas a espera de regulamentação para surtirem efeitos.

E o ponto crucial do argumento que não incluí na categoria dos direitos humanos (fundamentais) os direitos sociais, refere-se a sua universalidade. A teoria e a prática, seja elas políticas e/ou legislativas, contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos, estes sim, entendidos sem discussão como fundamentais.

⁵⁶Martín-Retortill, Lorenzo. *Regimen constitucional de los derechos fundamentales*. In *Derechos*

O argumento mais difundido contra a natureza de direitos humanos dos direitos sociais refere-se à sua efetividade, pois os direitos sociais se diferenciariam dos direitos civis e políticos pelo fato de terem caráter programático, ou seja, os textos constitucionais ao regularem os direitos sociais estabeleceriam normas de caráter programático, que dependeriam de regulação infraconstitucional posterior e, por essa razão, esses direitos não teriam força de direitos públicos subjetivos.

Mas se formos analisar a atual conjuntura, nem neste aspecto os direitos fundamentais sociais tem sido observado na realidade brasileira. Na sua grande maioria eles ainda continuam esperando regulamentação, por isso mesmo, considerado pelos doutrinadores e até mesmo juízes, como não obrigatórios de cumprimento. Ou seja, o detalhamento social dos direitos sociais passa a servir como mera decoração ao arranjo político que termina por preservar as desigualdades sociais que a própria constituição pretende corrigir.

O interessante seria retornar aqui - e não querendo adentrar de maneira mais profunda nos aspectos históricos dos direitos sociais, o que já foi apontado no item anterior quando se mencionou das crises do Estado, mormente a crise estrutural-, é que a criação de uma ligação entre os anseios das coletividades e o poder, através do poder de voto e um constante anseio dos grupos sociais pressionando os candidatos, viabilizou indubitavelmente a inserção dos direitos sociais no ordenamento jurídico de vários países. Pode-se afirmar que a crítica ao caráter meramente formal das liberdades acabou por servir de fundamento político-jurídico para a instituição destes direitos.

E, como já abordado, na senda desses fatores, várias constituições passaram a incluir no seu rol de direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, como por exemplo, pioneiramente, a Constituição alemã de 1919, embora alguns indiquem a Constituição mexicana de 1917 como a precursora deste movimento.

Já no Brasil, inculcida no início da Era Vargas, tal tendência passou a se manifestar a partir da Constituição de 1934 quando, inovando no constitucionalismo pátrio, estabeleceu-se um novo título denominado “Da ordem econômica e social”. A Constituição de 1988,

porém, foi mais incisiva. Além de conter em seu texto títulos referentes à ordem econômica e à ordem social, inscreveu os direitos sociais no título concernente aos direitos fundamentais⁵⁷.

Pois bem. A rejeição política da obrigatoriedade dos direitos sociais pode ser baseada em argumentos teóricos e políticos, o que aqui passamos a expor aqueles que entendemos serem os mais utilizados pelos doutrinadores que vislumbram os direitos sociais longe da ideia de aplicabilidade como direitos humanos fundamentais.

Num primeiro momento teríamos uma questão no âmbito do conflito dos direitos, ou seja, em um conflito entre os ditos direitos sociais e os já considerados fundamentais direitos civis e políticos.

Basicamente esta questão apoia-se no fato de que, se os direitos sociais fossem considerados humanos/fundamentais estariam colidindo com os direitos constitutivos do núcleo do Estado liberal, ou seja, as liberdades individuais e a propriedade.⁵⁸

Outra teoria difundida para o rompimento da ligação dos direitos sociais com os direitos fundamentais seria o fato de alguns autores entenderem que aqueles seriam direitos de segunda ordem a serem, eventualmente, respeitados, ou seja, em caráter subsidiário aos direitos civis e políticos, mas nunca considerados fundamentais, por serem direitos que seriam aplicados somente em certas ocasiões em demandas sociais e econômicas, atentando sempre para a teoria da “reserva do possível”, como sustenta Ricardo Lobo Torres⁵⁹.

Estes dois primeiros argumentos que apóiam a não ligação dos direitos sociais aos fundamentais estão difundidos na mesma ideia da cultura jurídica contemporânea, sendo que aquela encontra a sua formulação no argumento neoliberal de que os direitos sociais

⁵⁷ Como bem diria o eminente jurista português, Jorge Miranda, ao contrário das liberdades, os direitos sociais e econômicos pressupõem a existência de situações de desigualdade e necessidade entre os seres humanos, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado. MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social*. in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. nº1, out/dez de 1992, p.200.

⁵⁸ KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.47

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, em *Teoria dos Direitos Fundamentais* / Organizador Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999, p.262.

não passam de promessas vazias e que acabam sendo atentatórios às liberdades e direitos individuais.

Aliás, quando falamos em direitos humanos fundamentais, incluído nestes os direitos sociais, não podemos deixar de analisar as transformações e tendências de efetividade em nosso cenário que é afetado em seu cunho social por um constante processo de globalização calcada no neoliberalismo.⁶⁰

Luiz Roberto Barroso⁶¹ sustenta que, nesta linha de argumentação muitas das normas constitucionais sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, acabam servindo como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade.

Um dos grandes desafios seria o rompimento/desconstrução destas ideias equivocadas sobre a natureza dos direitos sociais, visto as mesmas estarem diuturnamente influenciando no processo judicial, onde a grande parte da magistratura brasileira interpreta a constituição baseado no formalismo jurídico positivista, pensamento este predominante na formação dos profissionais do direito de nosso país.

Neste sentido, entendemos que o Direito haveria que ultrapassar as feições de um ordenamento lógico-racional, de cunho liberal-individualista, assumindo estampas de um sistema diferenciado, não somente regulando as relações particulares, mas, também, solucionando conflitos de natureza social.

Advogamos a tese de que, infelizmente a grande maioria dos juristas pátrios, com seus posicionamentos teóricos de matriz liberal-individualista-normativista, de caráter excessivamente dogmatizante, não têm mostrado alternativas (nem mesmo interesse) na construção do denominado Estado Democrático de Direito, mostrando assim a sua efetividade na concretização dos direitos sociais fundamentais.

⁶⁰ Neste sentido, importante referir, novamente, o entendimento de BOLZAN DE MORAIS, em relação a terminologia empregada “neoliberalismo”, “modo essa não se torne mero jargão panfletário, quando o mesmo refere: *neocapitalismo, pois parece-nos mais adequado aos seus contornos de projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital – e o capitalismo financeiro – das amarras que acabaram por se constituir através, entre outros dos conteúdos liberais dos núcleos moral e político jurídico*” STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129.

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.61.

O que acontece com esta postura é que não se permite a integração dos pontos de vista valorativos, ligados a justiça material no processo judicial, o que representa ignorar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a exigência estabelecida no próprio preâmbulo de nossa Constituição.

É por isso que, sobre tal aspecto, acompanhamos o pensamento de Jorge Miranda⁶² que, pelo simples fato destas normas integrarem texto constitucional, devem ser consideradas na interpretação das outras normas, podendo inclusive contribuir para o preenchimento de possíveis lacunas através de procedimentos de integração como a analogia.

Entretanto, mais do que isso, e nesse aspecto seguimos o pensamento de Flávia Piovezan para quem

“Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres). A obrigação em implementar estes direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993. Compartilha-se assim da noção de que os direitos fundamentais - sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais - são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.”⁶³.

E neste momento, é pertinente ter mencionado este comentário da autora, pois cabe ainda apontarmos alguns argumentos políticos que entendemos serem equivocados a respeito dos direitos humanos e sociais.

Os mesmos guarnecem-se no fato de que os direitos sociais encontram-se no estágio de sua justificativa e fundamentação recebendo, por isso, impedimentos quanto a sua implementação no Estado Democrático de Direito.

⁶² *Manual de Direito Constitucional*. Op. Cit. p. 250.

⁶³ Piovezan, Flávia. *Organismos e Procedimentos Internacionais de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 12. PUCRJ. Rio de Janeiro . 2002.

Um dos argumentos político-ideológico afirma que, como os direitos sociais não participaram no momento fundador do Estado de direito, assim como os direitos civis e políticos, não podem assim, ser considerados como direitos de primeira ordem, mas sim, de segunda.

Todavia, no processo político, social e legislativo de democratização do Estado Liberal de Direito, o seu determinante foi a incorporação ao rol dos direitos humanos fundamentais, os direitos sociais.

Na verdade, no contexto do Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos civis e políticos, originários do Estado Liberal Clássico, passou a pressupor a realização dos direitos sociais.

Por isso mesmo eles não podem ser considerados direitos de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis, pressupõe o seu engendramento através dos direitos sociais. A plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecidos no texto constitucional, tem com seu fundamento dois instrumentos jurídicos políticos institucionais, os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro, e isso que torna essa relação ainda mais evidente.

Seria incorreto pensar os direitos sociais como afastados da ideia de direitos fundamentais, além mesmo porquê, citando novamente o pensamento de Flávia Piovezan, e acompanhando a ideia de que os direitos sociais estão totalmente inseridos numa perspectiva fundamental;

“Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento. A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais.”⁶⁴

⁶⁴ Idem. Mas o que mais nos deixa preocupado são as idéias que autora nos trás de outros juristas internacionais, quando cita em referência, os pensamentos sobre direitos econômicos e sociais, sendo que estas ainda estão enraizadas nas cabeças tanto dos juristas de nosso ordenamento jurídico como naqueles; “Como explica Jack Donnelly: ‘Diversos filósofos e um grande número de conservadores e liberais contemporâneos têm sustentado que os direitos econômicos e sociais não são verdadeiros direitos, sugerindo que a tradicional dicotomia reflete não apenas a gênese das normas contemporâneas de direitos humanos, mas também uma ordem de prioridade entre estes direitos. Maurice Cranston oferece a mais ampla citada

Por fim, trazemos a baila outro argumento utilizado equivocadamente e que tem o intuito de afastar os direitos sociais do rol dos direitos humanos fundamentais, seria a alegação de um elevado custo orçamentário que aqueles direitos despenderiam para o Estado.

E, mais uma vez aqui, apoiando-se na teoria da “reserva do possível”, é um argumento que tem como raízes o pensamento neoliberal contemporâneo.

Esta teoria, arraigada em uma ilusória racionalidade que a caracteriza como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais, e não somente aos direitos sociais.

Já como primeiro contraponto a este argumento estaria no fato de que, aqueles que defendem este ponto de vista, não atentarem para o alto custo que o edifício estatal tem como necessário para garantir os direitos civis e políticos.

Ou seja, a escassez de recursos como argumento para a não aplicação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, afetaria tanto os direitos civis e políticos, exaltados pelo Estado Liberal de Direito, como os direitos sociais; tal argumento ameaça a existência de todos os direitos. É como se no sistema jurídico só fosse possível dirimir solução em igualdade absoluta esquecendo as desigualdades sociais.

Pois bem. Após expor alguns dos argumentos que primam pelo afastamento dos direitos sociais da seara dos direitos humanos fundamentais, é importante firmarmos nosso entendimento, visto ser contrário àqueles, vislumbrando serem os direitos sociais de suma relevância como direitos fundamentais, por se tratarem de instrumentos de manifestação e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade material, mormente em se falando em políticas públicas de inclusão social.

versão do argumento filosófico contrário aos direitos econômicos e sociais. Ele afirma que os tradicionais direitos civis e políticos à vida, à liberdade e à propriedade são "direitos universais, supremos e morais". Os direitos econômicos e sociais, contudo, não são universais, concretos e nem possuem suprema importância, 'pertencendo a uma diferente categoria lógica'- isto é, não são verdadeiros direitos humanos. (...) Os impedimentos para a implementação da maior parte dos direitos econômicos e sociais, entretanto, são mais políticos que físicos. Por exemplo, há mais que suficiente alimento no mundo capaz de alimentar todas as pessoas; a fome e mal nutrição generalizada existem não em razão de uma insuficiência física de alimentos, mas em virtude de decisões políticas sobre sua distribuição.' (Universal Human Rights in theory and practice, Ithaca. Cornell University Press, 1989, p.31-32)."

O Brasil adotou, a partir da Constituição de 1988, a concepção de Estado Democrático de Direito, como um Estado garantidor de práticas democráticas, sobretudo pelo primado dos direitos fundamentais e, inseridos nestes os sociais. Objetivou com isso a Carta Magna, determinado processo de transformação social, que não consegue ser efetivado de forma prática e real.

Contudo, diante de um paradigma de *transformação social/globalização* e de *realização do Estado Democrático de Direito*, temos que esta globalização preferencialmente econômica, com plataforma neoliberal, é um dos elementos que impedem a construção daquele modelo de Estado.

Explique-se melhor, o “velamento”⁶⁵ das normas que propiciam a construção desse “novo” modelo de Estado é feita sim de maneira ciente, por um determinado paradigma de sociedade/globalizada do próprio Direito, que gera um Estado cada vez menos comprometido com a realização dos direitos humanos (sociais fundamentais!), já que não são premissa de um modelo liberal-individualista.

O Estado assim não intervém como deveria proceder, olvidando-se do cunho social expresso na Constituição Federal de 1988, qual seja o denominado Estado Democrático de Direito.

Ora, o constituinte ao elencar os valores supremos do Estado Democrático de Direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos, ou seja, o próprio constituinte quando procedeu desta maneira colocou os direitos sociais como direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos.

A dificuldade de vislumbrar tal aspecto está naquilo que Lenio Streck referia quando este tipo de organização estatal pressupõe para sua plena realização uma hermenêutica peculiar, que supera a “hermenêutica constitucional” (a técnica própria e específica de interpretar a Constituição) tradicional, diferenciando-se em virtude de ser uma

hermenêutica em que a Constituição é vista como “uma ferramenta que está à “disposição” do intérprete”, sendo na linguagem heideggeriana um modo-de-ser-no mundo do intérprete⁶⁶.

Uma Constituição, enquanto fórmula política simbolizadora do pacto social, deve possuir um comprometimento com a realização e garantia dos direitos fundamentais, sejam os de primeira geração como os direitos e liberdades individuais, sejam os de segunda geração como os direitos sociais e econômicos e de terceira geração, os chamados direitos transindividuais, e mesmo os de quarta geração, tema ainda novo em nosso ordenamento.

O tipo de postura contrária a esta, deita raízes no pensamento liberal de Locke⁶⁷, que tinha nos direitos civis e políticos, o núcleo do Estado Liberal, onde estabeleceu a questão dos direitos humanos em função, exclusivamente, da propriedade.

Para este autor, o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sustentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano. Ou seja, este sistema primava pela liberdade e igualdade, porém, dos proprietários.

Centrado na propriedade e na conjuntura contratualista da época, o Direito do Estado liberal, firmou-se no chamado império da lei e no formalismo jurídico abstrato, impedindo que aos direitos humanos fossem inseridos os direitos sociais.

Sem dúvida que estes, nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, inexplicavelmente passa a margem de nossos teóricos do Direito e do Estado e aplicadores do primeiro, a miséria de um povo que atualmente, em sua maioria, vive em uma situação marginal, esquecendo-se o cunho superior e solidário que mantém (ou deveria manter) a Constituição através dos direitos sociais fundamentais.

Os argumentos ilusórios/ardilosos políticos e teóricos utilizados para excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos humanos fundamentais, evidenciam somente

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.194 -198.

⁶⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret Editora e tradutora, 2005.

relações sociais e econômicas específicas, centradas na propriedade e na economia de mercado livre e não social, ou seja, uma postura eminentemente neoliberal.

Em verdade, existe neste mascarado Estado Liberal ativo, uma intervenção no domínio econômico que não cumpre em nenhum momento, papel socializante, muito pelo contrário, como bem mencionam José Luiz Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, *“cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção – a fim de que haja a separação entre trabalhadores e os meios de produção.”*⁶⁸

Entendemos que, se os direitos sociais forem considerados, em sua fundamentação (mas também em sua consagração constitucional), sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do Direito e do Estado, talvez, somente aí, a superação desse impasse no pensamento social contemporâneo poderá ser realizada.

E, sem dúvida que o Estado Democrático de Direito serve para sustentar esta fundamentação, através da democracia, implementado por indivíduos racionais, no exercício da cidadania participativa.

Contudo, estamos perdidos na falta de efetividade dos preceitos constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais fundamentais, e a ausência de mudanças sociais significativas, trazem descrença ao próprio Estado, propiciando assim o fortalecimento de ideias conservadoras e neoliberais, que, denominando neocapitalistas, e através de uma globalização majoritariamente econômica, procuram manter o *status quo* de produção de desigualdades sociais, pautando seu ideário a partir do aperfeiçoamento da ideia de Estado mínimo, como já referido.

Todavia, devemos firmar definitivamente a tese de que os direitos sociais, fazendo parte dos direitos humanos fundamentais, devem ser compreendidos como direitos essenciais e inafastáveis.

Falando dessa maneira, surge a hipótese de que os ditos direitos sociais fundamentais, em vez de serem direitos contra o Estado, conforme ideia liberal, se constituem em direitos através do Estado, o que exige do Poder Público, certas prestações

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

materiais, como a implementação de políticas sociais que garantam o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Veja-se que os direitos humanos situam-se, em virtude de suas características morais, acima da organização estatal, deitando suas raízes, em última instância, na consciência ética coletiva. Temos que, os direitos sociais possuem as mesmas características de obrigatoriedade dos direitos humanos. A demonstração dessas características dos direitos sociais, como direitos humanos, pode ser elaborada em função da atribuição de qualidades que têm a ver com a dignidade humana.

Nesta senda é que surge a importância de abordar a noção da dificuldade de estabelecimento e asseguramento dos direitos humanos neste processo de globalização de cunho prioritariamente econômico-financeiro.

Se formos analisar os reflexos nos direitos humanos e também na democracia⁶⁹ no âmbito da economia globalizada, e viermos a questionar qual a possibilidade de futuro positivo para aqueles, com certeza, pelo caminho que estamos trilhando, nossas respostas serão cétricas.

E mais, se o poder estatal, com esse processo de globalização é relativizado, como os direitos humanos – aqui principalmente se falando dos direitos sociais fundamentais, instrumentalizados por este próprio poder público-, podem ser ditos eficazes?

Com o fenômeno da globalização, no entanto, conforme já se viu, os poderes legislativo, executivo e judiciário são funcionalmente esvaziados ou relativizados. Por isso, as três gerações de direitos humanos (os relativos à cidadania civil e política, os relativos à cidadania social e econômica, e os relativos à cidadania "pós-material" (direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento

⁶⁹ Segundo Flávia Piovezan, “A democracia invoca um conceito aberto, dinâmico e plural, em constante processo de transformação. Na acepção formal, pode-se afirmar que a democracia compreende o respeito à legalidade, constituindo o chamado governo das leis, marcado pela subordinação do poder ao Direito. Esta concepção acentua a dimensão política do conceito de democracia, na medida que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem governa e como se governa. Por outro lado, na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige, assim, a igualdade no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Piovezan, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e globalização*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/index.html>> Acesso em 10 abr. 2006.

da diferença, da singularidade e da subjetividade, etc.)), acabam enfrentando problemas para serem efetivadas.

As liberdades públicas, igualdade substantiva e afirmação dos interesses – que são seus valores básicos - colidem frontalmente com os imperativos categóricos da transnacionalização dos mercados, dos quais se destacam a eficácia, a produtividade e a competitividade.

O dualismo econômico e estrutural da realidade mundial e principalmente latino-americana tem sido agravado por esse processo de globalização econômica, desencadeando no aumento das desigualdades sociais e do desemprego, marcando a ferro cada vez mais a pobreza absoluta e da exclusão social.

A exclusão sócio-econômica gera reflexos graves na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “Estado da natureza” que propriamente no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o caráter indivisível desses direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos⁷⁰, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.

⁷⁰ Poderíamos acompanhar o pensamento de José Luis Bolzan de Moraes, para quem: “Resumidamente poderíamos dizer então que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres de seu hábitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.” MORAIS, José Luís Bolzan. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização*, em *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

Acrescente-se ainda que esse processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população negra (daí os fenômenos da “feminização” e “eticização” da pobreza).

Ou seja, urge a necessidade da ruptura com um modelo (neo)liberal-individualista, sustentáculo da globalização econômica, que visa a instalação definitiva de um modelo Estado mínimo, mencionado anteriormente, para que as camadas da população menos favorecidas, vítimas de uma sociedade caracterizada pela desigualdade social, vítimas de uma posição conservadora de Estado, de Direito e mesmo de Sociedade, alcancem a igualdade, fazendo valer os preceitos fundamentais constitucionais.

Isso só seria possível por meio de uma nova postura hermenêutica, que contemple a concretização do texto constitucional, e conseqüentemente, dos direitos fundamentais, de maneira autêntica, levando-se em consideração, uma preocupação com a própria construção de uma nova ordem econômica, política e social, modo seja possível diminuir as desigualdades sociais, privilegiando-se os princípios jusfundamentais, afinal, os operadores do Direito devem(riam) (mesmo que insistam em não fazê-lo) operar para construção do Estado Democrático de Direito.

Por fim, resta claro também que, para firmar-se a concretização do princípio da igualdade, inserido nos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, é necessário fornecer elementos que visem garantir a consecução daquele princípio, apoiando-se na idéia de surgimento de maiores oportunidades entre a parcela dita minoritária e excluída, propiciando juridicamente o embate às diferenças sociais e econômicas, verificadas ao longo do tempo.

A liberdade foi o valor que inspirou o surgimento da primeira geração de direitos humanos, todavia a liberdade em sua acepção negativa. Com efeito, a ordem liberal politicamente institucionalizada através dos direitos civis e políticos, assegurou o estabelecimento de um sistema social em torno da economia livre de mercado, economia esta que terminou por gerar um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais. O Estado liberal, por trás de sua aparente neutralidade, na realidade estava a serviço de uma classe social, a classe dos detentores dos meios de produção.

Neste contexto de desequilíbrio entre as condições de vida de diferentes classes sociais, foram, assim, formuladas as reivindicações sociais que serviram de fundamentos para a segunda geração dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Após o Estado Liberal, substitui o mesmo o Estado Social de Direito que inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais.

Todavia, a ideia de igualdade social, própria do Estado Social de Direito, não se identifica com a garantia de igualdade perante a lei, mera igualdade formal. Exige, ao contrário, um outro tipo de igualdade, material, que representa exatamente a superação da igualdade jurídica do liberalismo.

Pelo princípio da igualdade material, assim desenvolvido, o Estado se obriga, mediante retificação da ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade⁷¹.

Importante também referir que em nosso Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais necessárias para a sua realização.

4- Considerações finais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade.

Além dos valores da igualdade e da liberdade, os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Nunca esquecendo que este regime, fundado sobre a democracia, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos da cidadania, onde esta estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado.

⁷¹ Mesmo já tendo mencionado que iremos abordar de maneira mais aprofundada a base principiológica das ações afirmativas, e estas seriam o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, cabe, de uma maneira superficial mencionar aqui este aspecto histórico.

No Estado Democrático de Direito este vínculo é mais abrangente, pois o cidadão é aquele que goza e detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais em tempo de vulnerabilidade.

A sociedade preocupa-se que o indivíduo sobreviva dignamente, mostrando que somente um cidadão poderá ser responsável quando a comunidade política tiver demonstrado de maneira hialina que reconhece este mesmo indivíduo como membro desta sociedade, garantindo seus direitos sociais humanos/fundamentais básicos.

Tentamos demonstrar neste trabalho que a elaboração de referenciais aptos a uma mudança de paradigma de Direito e de noção de Estado é fundamental, superando-se as posições mais conservadoras, que impedem um desvelamento dos conceitos de Estado e do Direito, que não mais condizem com as necessidades da coletividade, da cidadania, modo que os operadores jurídicos passem a utilizar a Constituição Federal e o Direito como instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais, inclusive os sociais com base nos princípios da igualdade material e dignidade da pessoa humana presentes em nossa Constituição, carta maior de um Estado considerado Democrático de Direito.

Temos que ter claro o argumento que os direitos sociais fundamentais, adquiriram um novo papel em nosso sistema jurídico, deixando, a muito, de serem meros instrumentos formais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana.

Por isso, se torna sempre justificável abordar as dificuldades encontradas para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio constitucional da igualdade, matrizes de políticas públicas que visão a inclusão social.

5 – REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217 p. 61, jul./set. 1999.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. 10 ed. São Paulo: Ícone, 2004.

ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATCHABAHIAN, Serge. Princípio da igualdade e ações afirmativas. São Paulo: RCS, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Brasília: UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

_____. O futuro da democracia. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal, em Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovezan, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

CASHMORE, Ellis et al. Dicionário das relações étnicas e raciais. Trad. Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 1, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

D'ADESKY, Jacques. A Singularidade do Debate em Torno da Política de Ação Afirmativa no Brasil. Proposta, Rio de Janeiro, n. 76, p. 23, mar/maio de 1998.

DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DE PESSOAS QUE PERTENCEM A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGÜÍSTICAS DE 1992 (art. 4º). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Acesso em 20 maio 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade; tradução: Jussara Simões; revisão técnica e tradução Cícero de Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 1. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlo Caccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In BARRETTO, Vicente de Paulo.(Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, Co-Edição Renovar, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I.

HERINGER, Rosana (Org.). Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA. In _____: A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro: IERÊ/UFRJ, 1999.

HENRIQUES, Ricardo. Desigualdade Racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90. Rio de Janeiro: IPEA. Texto para Discussão n. 807. Jul. 2001. Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf. Acesso em 21 jun 2006.

_____. Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação. Brasília: Unesco, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

IANNI, Octavio. A Sociedade global. 11ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

KRELL, ANDREAS JOACHIM. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret Editora e tradutora, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memmon, 1997.

MARTÍN-RETORTILL, Lorenzo. Regimen constitucional de los derechos fundamentales. In Derechos fundamentales y Constitución. Madrid, Civitas, 1988.

MENEZES, Paulo Lucena. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. vol. IV, 3ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização, em Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General 1. ed. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

_____. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Implementação do direito à igualdade racial. Revista de Direitos Difusos. São Paulo, v. 9, out, 2001.

_____. Organismos e Procedimentos Internacionais de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 12. PUCRJ. Rio de Janeiro . 2002.

_____. Democracia, Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 30 jun 2006.

_____. Democracia, Direitos Humanos e globalização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/index.html>> Acesso em 10 abr. 2006.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 33, p. 283-297, jul/set. 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Crítica da Razão Indolente - contra o desperdício da experiência. São Paulo. Cortez. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

_____. Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional – As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 1ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SCAFF, Fernando F. A responsabilidade do Estado intervencionista. S. Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA Jr., Hédio. Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais civis e penais:doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luiz Fernando Martins da e FERREZ JÚNIOR, João. Ação Afirmativa. In BARRETTO, Vicente de Paulo.(Coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Editora UNISINOS, Co-Edição Renovar, 2006.

STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade. 3ª ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Editora Método, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, em Teoria dos Direitos Fundamentais / Organizador Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. IN Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.