

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 182  
Abril/junho – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# A (des)utopia da liberdade e igualdade

## Possibilidades de sentido para construção de jurisdições constitucionais democráticas

Valéria Ribas do Nascimento e  
Jose Luis Bolzan de Moraes

### Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Do Estado Liberal ao Estado Social “igualitário”: notas sobre a jurisdição e o processo no caminho da (im)perfeição democrática. 2.1. Apontamentos sobre a liberdade e igualdade: a (des)utopia conceitual nos Estados contemporâneos. 2.2. A jurisdição e o processo: ressignificações democráticas e o constitucionalismo. 3. Da jurisdição constitucional liberal à jurisdição constitucional social: a (re)construção de sentido do constitucionalismo. 3.1. A jurisdição constitucional e a (re)definição do constitucionalismo. 3.2. Contra um “Leviatã” global e as “virtudes cosmopolíticas” em/para jurisdições constitucionais democráticas. 4. Considerações finais.

Valéria Ribas do Nascimento é doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e UNISINOS; Advogada.

Jose Luis Bolzan de Moraes é mestre pela PUC/RJ, Doutor em Direito do Estado pela UFSC/Université de Montpellier I e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Coordenador e professor do PPGD/UNISINOS; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da UNILE - Lecce - Itália; Consultor da Escola Doutoral Túlio Ascareli - Roma Tre e professor convidado das Universidades de Roma “La Sapienza”, Roma Tre, Napoli e Salerno. Pesquisador do CNPq, FAPERGS. Consultor *ad hoc* do MEC/SESu/INEP, CAPES e CNPq. Coordenador do Círculo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM) e Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

*Eles o chamam de Zé-Ninguém ou Homem Comum. Dizem que esta é a alvorada do seu tempo, a “Era do Homem Comum”. (...) Um médico, um sapateiro, um mecânico, ou um educador terá de conhecer suas deficiências se quiser realizar seu trabalho e com ele ganhar a vida. Já há algumas décadas você vem assumindo o controle, em todas as partes do mundo. O futuro da espécie humana dependerá dos seus pensamentos e atos. No entanto, seus mestres e senhores não lhe dizem como você realmente pensa e o que você realmente é; ninguém ousa confrontá-lo com a única verdade que poderia fazer de você o senhor inabalável do seu destino. Você é “livre” apenas sob um aspecto: livre da autocrítica que poderia ajudá-lo a governar sua própria vida (...). (Wilhelm Reich - Escute Zé-Ninguém!)*

### 1. Considerações iniciais

A temática deste trabalho, inicialmente, remete à questão da utopia. Palavra conceituada, por meio dos radicais gregos, como um “não lugar” ou “lugar que não existe”,

essa mesma definição pode adquirir diferentes interpretações, tanto em sentido negativo como em sentido positivo. No decorrer do texto é apresentada a ideia de invenção da utopia, como uma perspectiva relacionada ao permanente processo de modificação (SOUZA, 2007). Por isso, também se ressalta a “desutopia constitutiva” (NEGRI, 2002).

Na verdade, abordar os princípios da igualdade e liberdade é extremamente complexo, tendo em vista não só a extensa bibliografia sobre o tema, como também as próprias pré-compreensões dos pesquisadores envolvidos. Dessa forma, como o próprio título indica, busca-se demonstrar algumas possibilidades de sentido desses preceitos no decorrer da evolução estatal, bem como trazer questionamentos sobre a prevalência de um ou de outro no decorrer do tempo. Além disso, são elencadas algumas alternativas para que prevaleça a democracia e, junto com ela, uma maior igualização social. Entre essas propostas está a implementação de jurisdições constitucionais voltadas à efetivação dos direitos sociais.

No item 1 se faz uma relação entre a evolução do Estado Moderno, desde sua primeira versão absolutista, passando pelo Estado Liberal, Estado Social até o Estado Democrático de Direito. Por meio desses apontamentos é possível perceber como se alternavam as narrativas, a favor ou contra, a prevalência de um ou outro princípio. Com Immanuel Wallerstein constata-se que tanto o liberalismo como a democracia foram utilizados como palavras-ônibus, reunindo diversas cores partidárias (WALLERSTEIN, 2002, p. 123). Com efeito, o que se verifica é o permanente processo de (im)perfeição dos Estados Iluminados pelo paradigma racionalista.

Dessa maneira, desenvolvem-se alguns passos sobre a história da jurisdição e do processo para tentar demonstrar os motivos pelos quais, ainda hoje, prevalece uma atuação jurisdicional declaratória,

mais preocupada em constatar a existência de conflitos individuais do que em sanar conflitos sociais. Posteriormente, tenta-se demonstrar as modificações ocorridas nos Estados do pós-guerra, momento em que se desenvolve uma nova concepção do constitucionalismo e da própria jurisdição. Nesse momento, ocorre uma maior tutela dos direitos fundamentais, alçados a pedestal normativo dos Estados contemporâneos.

No item 2, pretende-se relacionar Estado, jurisdição e o constitucionalismo visando à (re)construção de sentido do Direito Constitucional, atualmente imerso em um inevitável processo global, que altera os elementos constitutivos do próprio Estado e, junto com isso, os elementos formadores do constitucionalismo. É desenvolvida uma abordagem em torno do pensamento de Canotilho, quando este refere sobre as Constituições civis e a necessidade de se trabalhar com o que chama de interconstitucionalidade.

Vale observar que o surgimento do Estado de Direito Moderno coincide com as ideias capitalistas e liberais; por esse motivo, quando se trata da globalização econômica atual, da mesma maneira é necessário se questionar sobre formas de se deter a exploração e a desigualdade provenientes desse sistema.

Assim, destaca-se a atuação do Poder Judiciário influenciado pelas “virtudes cosmopolíticas”, ou seja, uma jurisdição constitucional voltada ao reconhecimento das diferenças, da tolerância e da harmonização, ressaltando a preocupação com a igualização e inserção popular no processo jurisdicional. Nessa linha de orientação, são elencados alguns julgados que visam demonstrar a necessidade de se preservar a jurisdição constitucional dos Estados nacionais.

Desse modo, mesmo ressaltando que um dos motivos mais claros para que a liberdade não tenha levado à igualdade seja a manutenção do paradigma racionalista e iluminista do século XVII e XVIII, tanto

pelas Instituições estatais como pela própria sociedade, pretende-se uma (re)leitura sobre a jurisdição e o constitucionalismo, na busca de possibilidades de sentido para implementações sociais democráticas.

2. *Do Estado Liberal ao Estado Social "igualitário": notas sobre a jurisdição e o processo no caminho da (im)perfeição democrática*

Ao pensar a história da evolução do Estado, em seus diversos modelos desenvolvidos na modernidade, é possível perceber um rompimento, a partir das teorias contratualistas, em que a política rejeita qualquer ideia de finalidade inata ao Estado<sup>1</sup>. Este é produto definido pela racionalização do poder que objetiva atender aos anseios de segurança, certeza e previsibilidade exigidos pelas emergentes sociedades de massa.

Cabe pontuar que falar de Estado<sup>2</sup> significa discorrer acerca das condições de possibilidade de sua compreensão desde seu nascimento até a contemporaneidade, salientando-o como uma experiência moderna, que se inaugurou na passagem do medievo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Salienta-se que este trabalho adota a concepção de Estado baseada em Heller, ou seja, busca entender o Estado enquanto realidade, como formação histórica a partir de suas ligações com a realidade social. Dessa forma, não é possível uma Teoria Geral do Estado, mas apenas uma Teoria do Estado, daquele Estado concreto, inserido em sua totalidade e realidade específicas (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 20).

<sup>2</sup> Segundo Reinhold Zippelius (1997), a realidade do Estado não se esgota inteiramente com fatos insensíveis a valores, nem tampouco na projeção de um normativismo extremo com um sistema de normas puro, alheio a todas as realidades sócias.

<sup>3</sup> Antes do medievo, pode-se citar outras formas estatais pré-modernas, entre elas: Oriental ou teocrática, Polis Grega, Civitas Romana, etc. Sublinha-se que inúmeras teorias existem para explicar e justificar a origem do Estado. Além da vertente contratualista, podem ser mencionadas outras perspectivas, tais como a de Augusto Comte, em que a origem está na força do número ou da riqueza; outras correntes psicanalíticas relatam que a origem do Estado está na morte, por homicídio, do irmão ou no complexo de Édipo. No entanto, o trabalho ora desenvolvido

De fato, quando aconteceu o momento de ruptura entre a civilização e a barbárie, o que se percebeu foi a necessidade de se enfrentar os novos dilemas sociais que surgiam ao longo do tempo. Por isso, o modelo estatal não foi absoluto, ocorrendo modificações paradigmáticas no decorrer da história. Do Estado Absolutista se passou ao Estado Liberal; posteriormente, ao Estado Social até o atual Estado Democrático de Direito. Ocorre que o modelo estabelecido na Idade Moderna foi marcado por um relevante momento histórico, iniciado no século XVIII, que se denominou Iluminismo ou "século das luzes". Na época, predominou o progresso das ciências matemáticas, da técnica e a emancipação das ciências humanas da filosofia. Mas, ao mesmo tempo, o Iluminismo produziu uma visão unilateral, pois estabeleceu que a razão era a única explicação para as coisas do universo (STEIN, 2006, p. 41).

É possível perceber que o desenvolvimento do racionalismo iluminista tenta, de todas as formas, buscar um modelo ideal de Estado e, junto com isso, um conceito exato de Direito<sup>4</sup>. Uma das peculiaridades do chamado sistema de direito escrito, ou *civil law*<sup>5</sup>, é a implementação da teoria da

parte das teorias contratualistas lato sensu (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 23-24).

<sup>4</sup> Para compreender nossa formação jurídica, é necessário ter presente os vínculos existentes entre o sistema e as fontes européias que o alimentam, especialmente a herança que nos foi transmitida pelo direito ilustrado, de influência marcante no Direito moderno, cujos traços essenciais, no entanto, podem-se encontrar nas fontes romanas (SILVA, 2004, p. 35).

<sup>5</sup> Há, no mundo ocidental contemporâneo, dois principais sistemas de direito: o sistema continental e o da *common law*. O sistema continental tem como base o estudo do direito romano, por meio da interpretação do *Corpus Juris Civilis*, elaborado por determinação do imperador Justiniano (527 a 565 d.C.), no qual as regras de direito são vistas como regras de conduta geral, sendo a principal fonte a lei escrita. Na *common law*, que abrange o direito inglês e aqueles que se organizaram a partir dele, como por exemplo, os EUA e Austrália, segue-se a regra do precedente. Nesta, o que se pretende é solucionar um caso concreto e tomá-lo como parâmetro para solução de outros casos. A principal fonte do direito é a jurisprudência (DAVID, 1996).

“separação de poderes”, com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo Poder Legislativo (SILVA, 2004, p. 35). Todavia, com o passar do tempo perceberam-se as deficiências de tal modelo. Conforme Franz Kafka (apud SOUZA, 2007, p. 11-12): *só há um ponto fixo. É a nossa própria insuficiência. É daí que devemos partir.*

Desse modo, é interessante trazer a metáfora sugerida por Edson Luis André de Souza sobre a sapataria. Refere o autor que entrar em uma sapataria talvez seja uma das experiências mais fortes da imperfeição do mundo. Os sapatos fora de ordem, o cenário precário e sublime resistindo à velocidade do capital e das mercadorias, o pó e o cheiro da graxa nos lembrando uma outra química do tempo. Naquele local surge a lembrança que o corpo tem feridas e cicatrizes, que a vida é repleta de curativos, que os sonhos envelhecem e que inevitavelmente os objetos estragam (SOUZA, 2007, p.12).

A vida humana, e conseqüentemente a evolução social e estatal, é cheia de tropeços que restauram a humanidade, muitas vezes esquecida pela incessante razão iluminada na busca da perfeição. Como pontua Jean Frémon (apud SOUZA, 2007, p. 12), *a perfeição é uma superfície muda que abandonou a vida, a perfeição é de um outro mundo na porta do qual está escrito: não se entra!*

Essa metáfora quer demonstrar que o paradigma racional e iluminista, que pretendeu por meio da segmentação a busca da certeza, atualmente evidencia uma perda de sentido nas áreas do conhecimento, como por exemplo: o Direito, a Sociologia, a Economia, entre outras, mas também acarretou um vazio existencial, o que leva à ansiedade, ao stresse, entre outros problemas nos cidadãos que compõem a coletividade da *pós-modernidade*<sup>6</sup> (LIPOVETSKY, 2005, p. 65-78).

<sup>6</sup> O uso do termo *pós-modernidade* é controverso quanto ao seu significado e pertinência. Tais correntes resultam da dificuldade de verificação dos

Essa mesma coletividade espera do Estado normas que venham suprimir seus medos e temores. Ocorre que, quando se discute sobre as funções do Estado, entre elas a função de elaborar leis e de julgar, necessariamente se fala dos homens, estes é que atuam na realização do direito. Por isso, Castanheira Neves (2000, p. 837-871) afirma que talvez a atual situação problemática do direito encontra-se na busca do sentido e de alternativas para o direito enquanto direito. Dessa forma, quando se questiona sobre quais os fatores que contribuíram para que a valorização da liberdade individual – princípio ovacionado durante o Estado Liberal – não tivesse como consequência uma maior igualização, mas sim um aumento da desigualdade, na verdade, se indaga sobre uma rede complicada de motivos existentes desde a primeira versão do Estado de Direito.

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva, *um dos fatos históricos reveladores do vínculo entre Estado de Direito e capitalismo está na circunstância de ambos terem-se dado simultaneamente.* A passagem do medievo ao Estado Moderno teve seu ponto de apoio no Direito. Esse é um detalhe a ser considerado no percurso da modernidade (SILVA, 2004, p. 304). Por isso, no decorrer do texto serão apresentadas algumas colocações sobre o desenvolvimento do Estado de Direito Liberal, no qual prevaleceu, em tese, o princípio da liberdade, até a emergência do Estado Social que visa à igualdade como princípio basilar de sua estrutura.

processos em curso com suficiente distanciamento. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman (1998, 2001), um dos principais popularizadores do termo Pós-Modernidade, utiliza-o no sentido de uma forma póstuma da modernidade, preferindo ainda a expressão “modernidade líquida”, na qual tudo o que é sólido se desmancha no ar. O filósofo francês Gilles Lipovetsky, por sua vez, opta pelo termo hipermodernidade, por considerar não ter havido de fato uma ruptura com os tempos *modernos*, como o prefixo *pós* sugere. Segundo Lipovetsky (2005, p. 65-78), os tempos atuais são modernos, com uma exarcebação de certas características, tais como o individualismo, o consumismo, a ética edonista, a fragmentação do tempo e do espaço.

Será demonstrado a seguir, tanto em um modelo como em outro, que a permanência da (im)perfeição é uma constante; talvez somente ultrapassada pela invenção da (des)utopia.

### 2.1. Apontamentos sobre a liberdade e igualdade: a (des)utopia conceitual nos Estados contemporâneos

A palavra utopia tem como um conceito comum a ideia de civilização perfeita. Pode referir-se a uma cidade ou a um mundo, sendo possível tanto no futuro quanto no presente. A designação foi criada a partir dos radicais gregos que designam um “não-lugar” ou “lugar que não existe”. Primeiramente, citada por Thomas More, serviu de título para uma de suas obras para designar um lugar puro, onde existiria uma sociedade ideal. A partir dessa ideia pode-se fazer várias interpretações e extrair muitos significados.

O desejo de utopia é apresentado pelo psicanalista Souza (2007, p. 30), em uma perspectiva relacionada ao inacabado e à permanente reinvenção. Com isso, o autor quer demonstrar que, por meio da busca pelo ideal, mesmo aparentemente inatingível, pode ser possível a criação e a invenção de novas perspectivas para a sociedade. É interessante observar que o mencionado psicanalista cita Antonio Negri e a “desutopia constitutiva”.

Negri (2002, p. 433-447) busca com o conceito de “desutopia constitutiva” se opor à autoridade perversa e moralista da justa medida do sonho de cada um e do sonho coletivo. Mostra o inacabado processo constituinte e a abertura de projeto futuro. Para o filósofo e cientista social italiano, a “desutopia constitutiva” é um conceito possível do poder constituinte, ou seja, a utopia de um fracasso ou criação temporal que continua a alimentar um sonho. *Romper esta burocracia é fundamentalmente produzir novas metáforas. A utopia, neste sentido, tem que ser pensada dentro de uma química das metáforas* (SOUZA, 2007, p. 33). É possível

perceber que a relação entre o sonho e a realidade atual pode mesclar-se por meio da (des)utopia, que demonstra o incessante processo de ir e vir: ir ao sonho, voltar à realidade, ir à realidade, voltar ao sonho.

A formação da sociedade atual, baseada totalmente na razão, por vezes, fez com que se anesthesiasse a imaginação. *É assim que se desenvolveu o trabalho de todas as ideologias<sup>7</sup>, na medida em que se pode conceituá-las como mecanismos de interpretação e orientação da práxis coletiva. Em outras palavras, formas que aniquilam fundamentalmente o tempo. A crise busca recuperar parcialmente este tempo. Ela surge como a força da esperança* (SOUZA, 2007, p. 33).

Nesse sentido, Marc Jimenez evoca o princípio da esperança e sustenta que *toda obra de arte teve e ainda tem uma janela utópica por onde podemos ver a paisagem no processo de constituição* (SOUZA, 2007, p. 33). Toda utopia coloca em discussão um desejo, assim surge o termo desenvolvido por Roger Dadoun: *desejo de utopia* (SOUZA, 2007, p. 33). Assim, movido pelo desejo de uma sociedade igualitária, Immanuel Wallerstein (2002, p. 137) afirma que, se a inclusão hoje é difícil, a exclusão é imoral.

Entretanto, antes de mencionar algumas (res)significações, atualmente, ocorridas com o princípio da liberdade e igualdade, vale observar superficialmente certos aspectos desenvolvidos ao longo da história do Estado.

A visão do Estado na tradição contratualista mostra a instituição estatal como criação artificial dos homens, apresentando-o

<sup>7</sup> O conceito de ideologia e utopia é desenvolvido por Ovídio Araújo Baptista da Silva na obra *Processo e Ideologia*. Citando Karl Mannheim, Silva afirma que, *enquanto o pensamento ideológico identifica-se com o passado que insiste em perenizar-se, a utopia procura introduzir na realidade algo que seria desejável, porém ainda inexistente, que o pensamento utópico imagina já realizado na situação presente. Enquanto a ideologia contém um cariz essencialmente conservador, as utopias – distorcendo igualmente a realidade – têm sentido revolucionário. Segundo Mannheim, qualquer situação histórica produzirá utopias, pois a relação entre utopia e a ordem existente aparece como uma relação dialética* (SILVA, 2004, p. 23).

como um instrumento da vontade racional dos indivíduos. Essa escola floresce no intercurso dos séculos XVI a XVIII, sendo que a estrutura básica se dá pela contraposição entre Estado de Natureza e Estado Civil, mediada pelo Contrato Social. Destaca-se que o Estado Moderno é uma inovação, porque o poder passa para uma Instituição, que possui um titular: o Estado, sendo o território, a nação, mais potência e autoridade suas condições de existência. Ou, para citar uma definição corrente e autorizada: o Estado é composto por *um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes* (MORTATI apud BOBBIO, 2003, p. 94).

Assim, na sua versão absolutista, o Estado concentrava os poderes nas mãos do monarca, o que permitia personificá-lo na figura do rei. A centralização de poder foi essencial para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o soberano. Todavia, na virada do século XVIII, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico, queria também o político, até então privilégio da aristocracia. Assim, ocorreram as revoluções burguesas, e, a partir delas, o surgimento de um Estado de Direito Constitucional<sup>8</sup>, o qual visava a proteção dos direitos fundamentais individuais e limitava o poder à Carta Maior de determinado Estado.

<sup>8</sup> No tocante à recuperação histórica do Direito Constitucional, salienta-se a obra de Nicola Matteucci intitulada *Organización del poder y libertad*. Este livro traz um relato da história dos poderes, instituições, agrupamentos e comportamentos políticos, explicando tanto o constitucionalismo histórico como o atual, estudando o passado para entender o presente. Desde seu início, o constitucionalismo caracteriza-se por constituir, em determinado território, um sistema político, uma cultura jurídica e um sistema de liberdades antes do poder, de garantias antes da instituição, de autonomia antes do agrupamento e de subjetividade e prioridades antes do comportamento de participação. A história política guarda estreita relação com a liberdade, pois esta resulta da ação dos poderes.

Essa intervenção estatal, basicamente, ocorre por meio do Direito caracterizado pelo paradigma racionalista, sendo que, nas palavras de Savigny, os juristas práticos deveriam abandonar o exame dos casos concretos, dada a extrema complexidade de que eles se revestem, subordinando-os a “regras gerais”. Conforme o autor, *não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do Iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social* (SILVA, 2004, p. 38).

Entretanto, mesmo com esse exagerado dogmatismo evidenciado acima, o Estado de Direito Liberal apresenta-se como uma evolução em relação ao modelo anterior absolutista. Por meio do Direito e do desenvolvimento do constitucionalismo, o poder estaria limitado e possuiria uma subdivisão em funções, bem como estariam tutelados os direitos e garantias fundamentais.

O mencionado modelo estatal se desenvolveu, primeiramente, nos países que iniciaram as revoluções liberais, como a França e os Estados Unidos. Isso levou Alexis de Tocqueville<sup>9</sup> a viajar aos EUA no século XIX, para realizar pesquisas sobre a sociedade liberal americana. Ele pontua que uma das vantagens dos americanos foi o fato de a democracia ter chegado sem a necessidade de revoluções democráticas, pois os americanos nasceram iguais, em vez de terem se tornado (TOCQUEVILLE, 2000, p. 124). Não havia a diferença entre

Segundo Matteucci, o constitucionalismo é cultura, uma cultura com três dimensões: jurídica de liberdade; judicial de garantias e adjudicações; e política de mandatos, responsabilidades e controles. Se essas características não estiverem presentes, não há constitucionalismo, até poderá haver sistema jurídico, mas não constitucionalismo. Constitucionalmente, não há acesso a poderes sem travessia de direitos e não se pode dizer que um Estado é constitucional simplesmente por pertencer a um tempo (MATTEUCCI, 1998).

<sup>9</sup> Não será objeto do presente trabalho aprofundar a discussão sobre a obra de Tocqueville. Conforme Jon Elster (2001, p. 111), não se considera que Tocqueville tenha sido uma figura muito importante no desenvolvimento das ciências sociais. Escreveu como um historiador.

nobres, aristocracia e burguesia. Igualmente, refere que *o individualismo é de origem democrática, e ameaça desenvolver-se à medida que as condições se igualam* (TOCQUEVILLE, 2000, p. 119).

Deve-se destacar o fato de que Tocqueville, quando escreve que os americanos nasceram iguais, não menciona a escravidão e grande discriminação racial que germinou já no início da história “democrática” dos Estados Unidos. Com efeito, o que o referido pesquisador quer dizer é que os homens que viviam nas eras aristocráticas estavam ligados de uma maneira íntima a algo que estava posto, como por exemplo a origem familiar. Isso os fazia esquecer, muitas vezes, seus próprios desejos e vontades. Nas eras democráticas, ao contrário, a dedicação para com os homens se torna cada vez mais rara.

Tocqueville menciona, várias vezes, a defesa da liberdade e igualdade, como valores essenciais aos americanos, tentando ressaltar as vantagens do sistema democrático que possibilita a tutela desses princípios. Porém, nos EUA é difícil conciliar os dois valores apresentados, sendo que se tem constatado uma prevalência da liberdade, mesmo com o desenvolvimento das *ações afirmativas e políticas envolvendo a discriminação positiva*<sup>10</sup>.

Essa discussão em torno da permanência ou não de políticas afirmativas nos EUA remete à complicada relação entre os princípios basilares da revolução francesa do século XVIII: a liberdade, igualdade e

fraternidade. É possível conciliar liberdade com igualdade? E quanto à fraternidade? Pergunta-se: fraternidade entre iguais ou desiguais?

Na verdade, percebe-se que, no decorrer do tempo, *tanto o liberalismo como a democracia são palavras-ônibus. Cada uma delas recebeu múltiplas definições, frequentemente contraditórias*. Wallerstein escreve que os dois termos têm tido entre si uma relação ambígua, principalmente quando começaram a ser utilizados nos discursos políticos modernos. Dessa forma, considera-os como irmãos inimigos, que possuem uma rivalidade fraterna muito intensa; logo, representam iniciativas em direções diferentes (WALLERSTEIN, 2002, p. 123).

Castanheira Neves (2000, p. 51), citando Tocqueville, chega a afirmar que a igualdade sem o correlativo da liberdade *tem sempre por resultado a entrega abdicante a um poder-providência de que tudo depende e que, portanto, também tudo pode – é a raiz social dos despotismos (...)*. Nas diferentes épocas históricas, os irmãos permaneceram a se enfrentar, em constantes ciclos de disputa e aparente conciliação.

No século XVIII, cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar o tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX, à conseqüente mudança do Estado Liberal para o Estado Social.

Entre os principais aspectos que ocasionaram essa nova transição, pode-se citar: motivos de ordem econômica, em razão de a liberdade de mercado propiciar o surgimento de economias de escala que favoreciam posições monopolísticas; as crises cíclicas do mercado capitalista que aprofundavam as diferenças sociais; presença de efeitos externos à produção: poluição, congestionamento, esgotamento dos recursos naturais; conseqüências de ordem política, por meio da luta pelos direitos fundamentais (desenvolvimento

<sup>10</sup> O debate em torno da igualdade formal e material envolve intensas divergências que giram em torno da possibilidade de que as funções estatais estabeleçam determinadas diferenças para que se atinja a igualdade material. Isso remete à questão da reserva de vagas sociais, raciais, para deficientes físicos, etc. A discriminação positiva surgiu nos Estados Unidos na década de 60 para combater a diferença entre os brancos e negros. Entretanto, atualmente, muitos advogados americanos temem que a Suprema Corte reconsidere seu veredito no processo Bakke, no qual se decretou que as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre os alunos. (DWORKIN, 2005, p. 581).

das teorias socialistas); destruição e medo ocasionado pelas guerras, etc. (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 73-74).

Com isso, ocorreu uma maior intervenção no domínio econômico. Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade; da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. No entanto, o alicerce básico do Estado Liberal se manteve, ou seja, a permanência da separação entre trabalhadores e os meios de produção, o que gerava mais-valia da apropriação privada pelos detentores do capital (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 75).

Ainda, na passagem para o Estado Social destaca-se um aumento das atribuições do Poder Executivo e diminuição do Poder Legislativo, devido à necessidade de imediatidade de medidas econômicas para regular o mercado. Ademais, foi derogado o voto censitário pela pressão das massas excluídas, o que causou um aumento das propostas políticas a fim de alcançar o novo eleitorado (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2006, p. 76). Assim, o Estado passou a intervir em maior escala devido, em primeiro lugar, à vontade da própria burguesia, que se sentia ameaçada pelas tensões sociais existentes e pelo fato de se beneficiar com a expansão do capital por meio das próprias verbas públicas. Cabe pontuar que o princípio de que “todos são iguais perante a lei” é, também, um pressuposto liberal criado pela ideologia capitalista. *A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual* (SILVA, 2004, p. 303).

Nesse viés, Wallerstein sublinha que o discurso liberal racional permaneceu durante o Estado Social “igualitário”. Ao mesmo tempo em que o liberalismo tece imensos louvores ao pontencial de integração dos excluídos, permanece defendendo a minoria. *Mas não é o grupo minoritário que ele defende, é sim a minoria simbólica, o indivíduo racional heróico contra a multidão – isto é, ele mesmo*. Com efeito, os liberais não se opuse-

ram ao conceito de aristocracia, mas à ideia de *status* definido pela origem genética. Daí que é defendido o termo meritocracia, como um conceito igualitário, porque aberto a todos. Isso pode evidenciar uma máscara perniciosa, já que por meio de um discurso universalista se objetiva manter os padrões de hierarquia e desigualdade social (WALLERSTEIN, 2002, p. 128-132).

Liberais e democratas destoaram frequentemente uns dos outros, defendendo temas profundamente diversos. *Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função do resultado*. Wallerstein (2002, p. 132) acresce que, enquanto o liberalismo é a defesa do governo racional, baseando no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se apresenta como um conceito nivelador e extremista (WALLERSTEIN, 2002, p. 132). Contudo, os democratas não se opõem à liberdade, mas, sim, afirmam que só pode haver liberdade num sistema baseado em igualdade, pois pessoas desiguais não podem ter capacidades iguais de participarem de decisões coletivas. Atualmente, essa teoria tem recebido o nome de igualiberdade ou de um processo único (BALIBAR apud WALLERSTEIN, 2002, p. 132).

É por essas e outras razões que, já no século XX, se desenvolve um novo conceito, na tentativa de fortalecer o ideal democrático ao Estado de Direito, no qual estão presentes as conquistas sociais com ideais igualitários. De fato, o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo de transformação da realidade, não se restringindo ao Estado Social de Direito. Assim, seu conteúdo *ultrapassa o aspecto material de concretização de vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública na reconstrução na sociedade*. (WALLERSTEIN, 2002, p. 97-98).

Atualmente, é necessário trabalhar em busca de um intercâmbio entre a liberdade e igualdade, para que assim se realizem escolhas sociais para o século XXI. É impor-

tante destacar que, mesmo depois dessas modificações paradigmáticas, os Estados e a sociedade como um todo permanecem enfrentando diversas crises: as diferenças sociais aumentaram, permanecendo a exclusão, a violência, a discriminação, entre outras, em nível nacional e internacional.

Wallerstein (2002, p. 133-134) afirma que essas desilusões podem ter sido causadas por alguns elementos, como, por exemplo, a descrença na Velha Esquerda histórica, a ofensiva maciça para desregulamentar o Estado de bem-estar social, a polarização econômica, social e demográfica, etc. É patente que as sociedades contemporâneas se tornam cada vez mais desiguais. Segundo alguns dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

“Em África, as mulheres levam 15 ou 17 horas por semana e andam 10 quilômetros por dia para obter água para suas famílias. É, igualmente, chocante que os quinhentos indivíduos mais ricos do mundo tenham tanto rendimento quanto o dos 40 países mais pobres com 416 milhões de habitantes, ou que no Zimbabué, 1 a 2% da população (brancos) ocupe 90% da terra agrícola e 4000 agricultores (brancos) consumam 90% da água disponível para o regadio. O nosso é, de facto, um mundo desigual.” (SOUZA SANTOS, 2007).

A questão que se coloca é: como construir estruturas e movimentos que avancem na direção da igualização social? No decorrer do texto, serão apresentadas algumas tentativas de invenção, que vão da negação à busca pela utopia. Uma primeira proposta é o desenvolvimento de um novo olhar sobre a jurisdição e o processo dentro dos Estados envoltos pelo constitucionalismo contemporâneo.

## 2.2. A jurisdição e o processo: ressignificações democráticas e o constitucionalismo

As verificações precedentes envidenciaram que o sistema do Direito atual, mesmo imerso na pós-modernidade, ainda se man-

tém próximo a Thomas Hobbes, para quem a discussão em torno da justiça seria uma atribuição do soberano, pois o juiz deveria apenas limitar-se à aplicação legal desigual (SILVA, 2004, p. 298). Entretanto, não há como negar que o sistema processual e a atuação jurisdicional possuem inevitáveis compromissos históricos e culturais, o que leva à necessidade de questionamentos e interrogações sobre o momento em que se encontra o Direito.

Verifica-se que, no decorrer da evolução estatal, *o homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema* (SILVA, 2004, p. 298). Assim, Wallerstein (2002, p. 117) refere que os dilemas que se enfrentam hoje são o resultado de um mundo capitalista. Entre os motivos que fundamentam o fato de a liberdade não ter como consequência natural a igualdade, está a permanência do paradigma anterior, pois todo o sistema estatal manteve-se atrelado ao individualismo, inclusive a atuação jurisdicional, que permanece voltada aos conflitos pessoais subjetivos e com viés declaratório, como preconizavam os revolucionários franceses.

Silva constata que o Direito moderno, particularmente o direito da tradição romano-canônica, *vem assumindo paulatinamente compromissos cada vez mais profundos com a Política e, naturalmente, com a economia. É o fenômeno descrito como funcionalização do direito processual civil*. Além disso, mantém o pressuposto iluminista de que a lei tem uma “vontade constante”, reduzindo o ato jurisdicional a uma função oracular, normativista, dispensando a compreensão hermenêutica<sup>11</sup> e a fundamentação jurisdicional (SILVA, 2008, Nota explicativa).

<sup>11</sup> A história da hermenêutica é uma historiografia a partir dos tempos e, portanto, uma construção. Esse caminho desenvolveu-se até o século XVII ainda sem possuir nome, sendo antigamente chamado de *ars interpretandi*, retomado e posteriormente desenvolvido por ramos da ciência como crítica da exegese ou da filosofia. A explicação etimológica que gira em torno de *hermênêus* e da *hermèneutike* é relacionada, em

Vale observar que os antropólogos demonstram que o Direito esteve presente em todas as comunidades humanas, por mais regulamentares que tenham sido. Daí que o Direito enquanto expressão do justo é um fenômeno cultural que nada tem a ver com o Estado. *Ao contrário do que dissera o positivismo, não foi o Estado que inventou o Direito, mas o contrário, o Direito que deu vida ao Estado* (SILVA, 2008, p. 280). É por essa razão que se tentará demonstrar que a origem do termo *iurisdictio*, atualmente, deve ser (re)visitada para se pesquisar sobre a efetivação da jurisdição do Estado Democrático contemporâneo.

Existe uma crença de que o Direito Moderno é herança do Direito Romano. Entretanto, deve-se diferenciar a *iurisdictio* do período republicano da jurisdição praticada nos estágios finais do império romano, a partir do terceiro século da era cristã. Nesse período, o Direito transforma-se em assunto de Estado, institucionalizando-se, torna-se instrumento de governo. (SILVA, 2008, p. 264).

Silva refere que o retorno do Direito moderno à *iurisdictio* confunde a função do *iudex*, que apenas julgava, com o exercício da jurisdição, própria do Pretor. Com efeito, o juiz privado (*iudex*), que não era investido do poder jurisdicional, dizia o direito já indicado pelo Pretor. Em outras palavras, ao Pretor que possuía a *iurisdictio* cabia indicar a norma que haveria de regular o caso, em uma função análoga à do atual legislador. Já o *iudex* limitava-se a “aplicar” o direito que o Pretor lhe indicara. De acordo com a explicação de Carlo Giuffredì, a *iurisdictio*

---

regra, com o *deus mediator Hermes*, portador da vara mágica que possibilitava aos humanos compreender os desígnios divinos. Surge, assim, a ideia de um mensageiro divino, que transmite e esclarece o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Na realidade, não se sabia o que os deuses disseram, somente se sabia o que Hermes disse acerca do que os deuses previam. Daí aparece a (inter)mediação. Dessa maneira, Streck (2007) refere que é na metáfora de Hermes que se localiza toda complexidade do problema hermenêutico, pois trata de como atribuir sentido às coisas.

nem mesmo poderia ser considerada uma atividade análoga à função legislativa moderna, porque a jurisdição não se identificava com um enunciado de normas, nem se limitava à resolução de controvérsias, mas era, sim, específica para o caso concreto (SILVA, 2008, p. 269).

Dessa forma, percebe-se a diferença entre o que, hodiernamente, entende-se por jurisdição relacionada à declaração do direito aplicável a espécie litigiosa e a jurisdição praticada pelo direito romano clássico. No processo romano clássico, o direito nascia do fato, para significar que o Pretor, como os atuais magistrados, ao receber a lide, não tratava de uma entidade abstrata, mas de um complexo conjunto de fatos (SILVA, 2008, p. 277). Daí a importância de se ter presente a necessária relação entre “direito” e “fato”. Nesse viés, Castanheira Neves (1967) refere que é fundamental a necessidade de observância da situação histórica. Menciona, ainda, o jurista português que não se deve verificar o *direito e o facto*, mas, e simultaneamente, o *direito do facto e o facto do direito*, pois (...) o *facto e o direito existem enquanto coexistem*.

Assim, ao tratar da jurisdição como transformação da realidade, é possível fazer uma ligação com o movimento que se denominou neoconstitucionalismo e com a modificação ocorrida na jurisdição constitucional contemporânea.

É notório que o Direito Constitucional Moderno, bem como a própria jurisdição constitucional, surgiu, juntamente, com a ideia de Estado Moderno; logo, Estado de Direito Liberal, voltado à defesa dos interesses da burguesia capitalista do século XVIII. Entretanto, atualmente, o constitucionalismo apresenta-se como um espaço de “abertura” do direito interno ao internacional, ou vice-versa, com vistas à superação do *binômio monismo-dualismo*<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Não é objeto do presente trabalho tratar dessa complicada questão, que envolve a relação entre o direito interno e o internacional. Apenas a título de esclarecimento, observa-se que o dualismo percebe

O momento histórico do novo direito constitucional na Europa Ocidental foi marcado pelo constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, por sua vez, foi com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Streck (2007, p. 7) afirma que o *neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo, como com o modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, o direito deixa de ser regulador para ser transformador.*

A reconstitucionalização da Europa, logo após a Segunda Grande Guerra e no decorrer da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a importância do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Dessa forma, ocorreu uma aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia, o que produziu uma nova forma de organização política.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e, particularmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instaurado em 1951. Foi a partir desse momento que teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países da tradição romano-germânica. Posteriormente, destaca-se a Constituição da Itália, de 1947, com a subsequente instauração da Corte Constitucional, em 1956, bem como ao longo da década de 70, a Constituição de Portugal, em 1976, e a da Espanha, em 1978 (BARROSO, 2007).

No Brasil, o ambiente de reconstitucionalização que a Constituição de 1988 instaurou foi capaz de promover a travessia

---

o direito internacional e o direito interno como dois sistemas iguais, independentes e separados, enquanto o monismo percebe uma unidade lógica das regras internas e internacionais, o que implica um imperativo de subordinação entre uma e outra; logicamente há quem defenda a primazia do direito interno e quem sustente o primado do direito internacional sobre o interno. (SEITENFUS; VENTURA, 2001, p. 26).

de duas décadas de autoritarismo para um regime democrático; e, mais do que isso, a Carta atual tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana.

Ao longo de sua vigência, destituiu-se por um processo de *impeachment* um Presidente da República; houve também julgamentos referentes a graves escândalos envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados; foram afastados Senadores envolvidos em esquemas de corrupção; foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores; foram investigadas denúncias em torno de financiamento de campanhas e de vantagens recebidas por parlamentares, etc. (BARROSO, 2007). Entre os exemplos citados, pode-se perceber a centralidade assumida pela Corte Constitucional, decidindo claramente problemas políticos e não apenas jurídicos. O Direito Constitucional brasileiro iniciado com o Estado Democrático em 1988 adquiriu uma importância não apenas técnica, mas passou a simbolizar conquistas e, também, adquiriu um papel de mobilização do imaginário das pessoas.

Isso demonstra a prevalência de um *sentimento constitucional* que, nas palavras de Pablo Lucas Verdú (1998, 2004), significa a expressão de valores que transcendem ao Texto Constitucional, porque tendem a realizar-se por meio e para além dele, pela comunidade na qual estão inseridos (VERDÚ, 2004; VERDÚ, 1998). Esse sentimento constitucional mencionado por Verdú vem ao encontro da *vontade de Constituição* desenvolvida por Hesse<sup>13</sup>, que procura na

---

<sup>13</sup> Konrad Hesse, em seu livro *A força normativa da Constituição*, contrapõe-se à tese defendida por Ferdinand Lassalle em 1863, para intelectuais e operadores da antiga Prússia. Hesse pretende demonstrar que o desfecho entre fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se em desfavor desta. Para ele, a Constituição não é apenas uma folha de papel; é essencial buscar sua força normativa, por meio da vontade de Constituição, ou seja, o desenvolvimento de uma consciência geral que a conceba como Lei Fundamental do Estado, como padrão jurídico superior das relações sociais (HESSE, 1991; LASSALLE, 2001).

relação de coordenação entre Constituição e sociedade a implementação das normas constitucionais. Assim, percebe-se que a contemporaneidade, paulatinamente, foi assumindo a preocupação com a questão da efetividade da Constituição e do sentido da democracia, a partir da reformulação do seu perfil interno, como Estado Democrático de Direito.

A chamada jurisprudencialização da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da *neutralidade* do texto normativo (BOLZAN DE MORAIS, 2006). Entretanto, deve-se atentar para que o Poder Judiciário, no uso de suas atribuições concedidas pelas Constituições dos Estados, não se torne arbitrário e não se reduza, apenas, a instrumento funcionalizado que serviria de suporte político a outros interesses.

Com Castanheira Neves é possível enxergar que em muitos momentos o Direito aparece, simplesmente, como regulador funcional de uma sociedade individualista e sem valores, apenas interessada em reivindicantes “liberdades”, tornadas direitos subjetivos sem deveres. Isso pode reduzir o Direito a simples instrumento ideológico e político (CASTANHEIRA-NEVES, 2000, p. 11). Cabe pontuar ainda, com Silva, que é importante se pensar em uma profunda descentralização do poder, capaz de remetê-lo ao povo, *permitindo o exercício autêntico de um regime democrático*. Isso permitiria ao Judiciário ser um *agente “pulverizador” do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam* (SILVA, 2004, p. 316).

Entre algumas alternativas para formação de um Poder Judiciário condizente

com as atuais circunstâncias históricas democráticas, pode-se trazer, como exemplo: o funcionamento dos Juizados Especiais; as juntas de conciliação e julgamento; as ações coletivas, bem como a necessária redução dos recursos. Esta última medida é apresentada por Silva como uma exigência. Com ela, ocorrerá o *abrandamento do sentido burocrático da administração da justiça, restituindo à jurisdição de primeiro grau legitimidade política que lhe dê condições de exercer as elevadas atribuições que a ordem jurídica lhe confere*. Além disso, sublinha a prática de um verdadeiro regime federativo, a busca da descentralização administrativa, *de modo a fortalecer a vida política das comunidades locais* (SILVA, 2004, p. 319-320).

Além do que foi colocado até o momento sobre a necessidade de igualização social por meio de ressignificações estatais internas no que tange à jurisdição, ao processo e ao constitucionalismo, vale elencar que os Estados estão imersos em um processo que se pode chamar de mundialização ou globalização<sup>14</sup>. Não se objetiva aqui traçar aspectos gerais referentes a esse tema, mas sim mostrar a possibilidade de um outro olhar, que pode levar à (re)construção do sentido democrático para o constitucionalismo e para a jurisdição constitucional.

<sup>14</sup> Os termos *mundialização* e *globalização* são, hoje em dia, parte do vocabulário corrente. Significam que, em escala mundial, as trocas multiplicaram-se e que esta multiplicação deu-se rapidamente. Essa multiplicação tornou-se possível graças a sistemas de comunicação mais eficazes e, na maioria das vezes, instantâneos. Mas, de alguns anos para cá, o sentido das palavras *mundialização* e *globalização* tornou-se um pouco mais preciso. Por mundialização, pode ser entendida a tendência que leva à organização de um governo mundial único. A tônica é, portanto, colocada sobre a dimensão *política* da unificação do mundo. Em sua forma atual, tal tendência foi desenvolvida por diversas correntes estudadas pelos internacionalistas (NEGRI, 2001). Para Otfried Höffe (2005, p. 5-6), a globalização é uma palavra de ordem da filosofia política revestida de emoções contraditórias, em parte contendo esperanças e temores. Além disso, vem sendo empregada de maneira inflacionária e, ao mesmo tempo, em contornos tão tênues que se prefere evitá-la. Na sua definição, apresenta a *globalização como*

### 3. Da jurisdição constitucional liberal à jurisdição constitucional social: a (re)construção de sentido do constitucionalismo

Como já foi mencionado no item 1, o Estado, a jurisdição e o constitucionalismo estão ligados, de forma que o qualificativo de um pode ser utilizado pelos outros. No caso, cita-se como exemplo: Estado Liberal, jurisdição liberal, constitucionalismo liberal; ou, por outro lado, Estado Social, jurisdição social, constitucionalismo social. Assim, como o objeto deste trabalho gira em torno dos princípios da liberdade e da igualdade, da mesma forma é possível relacioná-lo com a jurisdição constitucional e o sentido da Constituição na contemporaneidade.

As Constituições falam com frequência em povo, principalmente devido à necessidade de legitimação democrática. No entanto, a democracia não pode ser entendida como a simples fórmula do governo do povo, mas, ao contrário, deve ser compreendida como *dificuldade progressiva do governo por meio do povo* (CHRISTENSEN apud MÜLLER, 2000, p. 42).

Na verdade, deve-se observar que existem outras formas de se conceber uma democracia, além da mera participação eleitoral, como, por exemplo, em protestos, manifesto público, ingresso e participação em instituições sociais, ONGs, ações em processos coletivos, etc.

Zygmunt Bauman afirma que uma boa sociedade deve tornar livre seus integrantes, não apenas livre do ponto de vista negativo, com o significado de não ser coagido a fazer algo; mas positivamente livres, com o poder de influenciar as condições da própria existência, dar um significado para o “bem comum” e fazer as instituições se adequarem a esse significado. Com certeza

essa não será uma tarefa fácil, considerando o perigoso estado atual da esfera público/privada, na qual “o público” recua para buscar abrigo em lugares politicamente inacessíveis e “o privado” está a ponto de retirar-se para a própria auto-imagem (BAUMAN, 2000, p. 112-113). É importante perceber que, para ocorrer a relação mencionada por Bauman, é necessário retomar o discurso do bem comum como um valor a ser reivindicado. Nesse sentido, é importante a busca pela democratização da jurisdição constitucional.

Vale mencionar que a discussão em torno da legitimidade do Judiciário está para além de suas marcas históricas monárquicas, uma vez que, na atualidade, destacam-se momentos diversos. Hoje, a jurisdição se apresenta como arena privilegiada para a realização de um “novo” constitucionalismo (BOLZAN DE MORAIS, 2006, p. 263).

#### 3.1. A jurisdição constitucional e a (re)definição do constitucionalismo

O entendimento acerca do constitucionalismo contemporâneo, ancorado pelos princípios do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, supõe a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Nesse sentido, Kägi (apud CANOTILHO, 2006, p. 886) afirma: *diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de Constituição tens*.

Enquanto a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2006, p. 13). Esse é um detalhe a ser salientado, para uma adequada compreensão da problemática constitucional nos dias de hoje, a normatividade da Constituição vê-se realizada por meio da jurisdição quando seu conteúdo material está relacionado diretamente à vontade popular.

---

*crescimento e consolidação das relações internacionais.* Também Zygmunt Bauman (1999, p. 7) refere que a globalização para alguns é o que se deve fazer para ser feliz; para outros, é a causa da infelicidade. Para todos, porém, *globalização* é o destino irremediável do mundo.

Entretanto, é inegável que os elementos que formam o Estado, quais sejam, território, povo e soberania, bem como o documento maior desse Estado que é a Constituição, têm sofrido intensas modificações nos últimos tempos. As fronteiras se transformaram; a concepção de cidadania foi alterada – hodiernamente se utiliza a expressão “cidadãos do mundo”<sup>15</sup>, relacionada à diminuição das distâncias entre os países, devido ao desenvolvimento da tecnologia dos meios de transporte e da internet; a ideia de soberania ou de poder estatal interno/externo encontra-se em permanente mutabilidade.

Dessa forma, a globalização econômica se refere à intensificação do fluxo de capitais, produtos e serviços, diretamente imbricados na transnacionalização do capitalismo. Com isso, pode-se entender que a ideia de capital do século XVIII retorna em uma perspectiva mais ampla. Souza Santos (2007) identifica a globalização econômica como eixo da mundialização de cima para baixo, por ampliar as diferenças entre pobres e ricos, beneficiando grandes capitalistas à custa de trabalho, muitas vezes semiescravo.

Entretanto, para combater o lado negativo desse atual processo global, Souza Santos busca uma definição mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais, definindo globalização como um *conjunto diferenciado de relações sociais*, o que leva à não existência de uma única globalização; em vez disso, globalizações, no plural. Daí que, sob a perspectiva global-local, o local intensifica sua relação com o global, a partir do marco de mercado estatal, empresarial e das diversas formas de vida. Chega-se a pensar em globalização como um tipo de difusão cultural, com a denominação “glo-

<sup>15</sup> Otfried Höffe (2005, p. 394-397) faz uma distinção entre “cidadão mundial” e “cidadão do mundo”. Aquele possui um sentido exclusivo e relacionado a um Estado Mundial, enquanto este teria um significado complementar, ampliando seu engajamento a partir do próprio Estado até alcançar a República Mundial.

cal”, isto é, a síntese relacional entre o local e o global (SOUZA SANTOS, 2007).

Isso leva à superação do debate sobre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural, pois se trata de um falso debate, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos. Ocorre que todas as culturas são relativas e ao mesmo tempo aspiram e defendem valores universais. *Há que se desenvolver critérios políticos para distinguir política progressiva de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação e regulação*. Na verdade, Souza Santos refere, também, sobre a necessidade de globalização de baixo para cima, ou globalização contra-hegemônica baseada na ideia de cosmopolitismo<sup>16</sup> e patrimônio comum da humanidade (SOUZA SANTOS, 2007).

Nessa mesma perspectiva, ressaltando a importância da relação entre os Estados, de participação popular e da preservação dos direitos fundamentais, Canotilho vem desenvolvendo pesquisas em torno do que denomina interconstitucionalidade. Segundo o autor, atualmente, não é possível conceber os Estados, e também as Constituições, fechados em si mesmos. Vale observar que essa ideia objetiva transformar o constitucionalismo para aproximá-lo do povo, em uma perspectiva democrática. Ademais, busca uma participação ativa do cidadão na busca pela igualização e defesa dos direitos sociais.

Reverendo posições anteriores, *Canotilho defende que a Constituição deve evitar*

<sup>16</sup> A palavra cosmopolitismo passou por muitas conceituações no decorrer da história. Com Deisy Ventura (2007): *A irrupção da ideia é atribuída ao cínico Diógenes. A pergunta “de onde tu és? teria ele respondido “cidadão do cosmos, arvorando-se em condomínio de uma razão universal residente no homem, não na cidade. Já pintalgado entre os gregos, o cosmopolitismo grassou em novas matizes com os romanos e fez esteio religioso, em particular no cristianismo. Tendo alvoorado o Iluminismo, a ótica cosmopolita, assaz camaleônica, adquiriu incontáveis sentidos ao longo da história (...)*. Mas, foi precisamente Immanuel Kant quem ofereceu à humanidade o projeto de cosmopolitismo vinculado à paz perpétua.

converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa. Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente, como a atual Constituição portuguesa e brasileira, perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade. As Constituições Dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, *não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas (...) da sociedade* (BERCOVICI, 1999).

Canotilho (2001) chega a afirmar que *a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias*. Dessa maneira, a teoria constitucional deve levar em consideração que as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade.

Entretanto, doutrinadores brasileiros pontuaram perguntas ao autor português, considerando as diferenças existentes com o *constitucionalismo dos países em desenvolvimento*, no qual existem problemas sociais e políticos diferentes (COUTINHO, 2006). Como resposta, Canotilho afirma ter a sensação de que não se deve falar em teoria da Constituição, mas talvez em *teorias das Constituições* e possivelmente em uma rede de interconstitucionalidade, dos vários constitucionalismos, dos vários questionamentos (COUTINHO, 2006, p. 31-37).

Deisy Ventura pontua que Canotilho é compreensivo diante das angústias dos autores de países de “modernidade tardia”, mas salienta que o debate em tela interessa não apenas aos países desenvolvidos, mas, ao contrário, também é de suma relevância para Estados em processo de desenvolvimento. Ainda, menciona que o *gesto de apartar os debates que “interessam” e não “interessam” ao mundo não-desenvolvido só pode ser resíduo do colonialismo*. Ademais,

a autoexclusão dos temas nevrálgicos do debate mundial é injustificável e compromete seriamente os interesses estratégicos dos países em via de desenvolvimento (VENTURA, 2007).

Por tudo que foi exposto, vale destacar temas centrais abordados pelo doutrinador coimbrano em torno do constitucionalismo moralmente reflexivo e da constitucionalização da responsabilidade, propostas que visam uma maior igualização social. Assim, primeiramente sublinha ser necessário evitar duas unilateralidades:

- “1. o peso do discurso da metanarrativa que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória;
2. a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da razão cínica econômica-tecnocrática.” (CANOTILHO, 2006, p. 184).

Nesse sentido, como linha de força do constitucionalismo reflexivo, Canotilho (2006, p. 126-128) apresenta três sugestões: a) *Constitucionalização e “desmoralização da liberdade”*, na qual o constitucionalismo continua a fornecer exigências mínimas, como o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares; b) *Constitucionalizações e teoria da justiça*, baseando-se em estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares; c) *Constitucionalismo moralmente reflexivo através da mudança da direção para a contratualização*. Nesse modelo, existiriam formas de eficácia reflexiva, ou seja, outras formas de acoplamentos estruturais que apontam para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que recuperam as dimensões juntas do princípio da responsabilidade, apoiando-se também a sociedade, ao que denomina *Constituições civis*.

Falar em participação da sociedade civil remete ao constitucionalismo societal, que sugere vários subsistemas sociais inter-

nacionais, sendo que estes podem adotar esquemas reguladores semelhantes aos de uma Constituição. É o caso, por exemplo, da "constituição da Internet", da "constituição do sistema de saúde", da "constituição da investigação genética e dos sistemas reprodutivos", da institucionalização do "diálogo interreligioso" (CANOTILHO, 2006, p. 286-290). Essas ideias superam antigas formas totalizantes abrindo o caminho para ações locais, o que privilegia a diversidade cultural. Pontua-se, novamente, uma abertura para instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalidade e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos "quatro contratos globais" (CANOTILHO, 2006, p. 128).

Dentro deles está: o *contrato para as necessidades globais*, que implica em remover as desigualdades; o *contrato cultural*, estabelecendo a tolerância e diálogo de culturas; o *contrato democrático*, que prevê a democracia como governo global; e o *contrato do planeta terra*, versando sobre o desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 2006, p. 128). O jurista coimbrano quer transmitir que a Constituição dirigente, assim, ficará menos densa e menos autoritária, enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*, que dispõe sobre garantias que possibilitem a coexistência de valores, conhecimento e ação (CANOTILHO, 2006, p. 129).

Essa nova visão do direito constitucional possibilita que se trabalhe com os elementos básicos de uma teoria da interconstitucionalidade: a) *Autodescrição e autosuficiência nas constituições nacionais*; assim os textos constitucionais nacionais conservam a memória e a identidade política quando inseridos numa rede internacional; b) *Texto interorganizativo*, que apontam para a necessidade autodescritiva da organização superior. É discutível saber se a autodescrição interorganizativa pressupõe necessariamente um texto constitucional autodescritivo ou se poderia pensar em convenções internacionais (CANOTILHO, 2006, p. 268-271).

Salienta-se que a teoria da interconstitucionalidade é, também, uma teoria da interculturalidade constitucional. A definição de intercultural faz realçar basicamente a partilha de cultura de ideias ou formas de encarar o mundo e os outros.

Pelo que foi exposto, conclui-se que o constitucionalismo, indiscutivelmente, vem sofrendo modificações em seus elementos constitutivos. É notório que as propostas de Canotilho estão inseridas no contexto europeu, mas também se deve pontuar que não é pertinente afastar o debate dos demais Estados, inseridos em um contexto global.

Assim, essa abordagem em torno da (re)definição do constitucionalismo tem como objetivo evidenciar que existem propostas em torno de um novo tipo de democratização. Sem negar a globalização, buscaram-se novas formas de esta ocorrer de *baixo para cima*<sup>17</sup>, dando especial atenção às necessidades culturais, ao desenvolvimento sustentável e à participação popular.

As colocações postas por Canotilho estão em processo de estudo e desenvolvimento. De forma alguma o professor coimbrano objetiva trazer conclusões definitivas sobre o tema. Entretanto, deve-se destacar que o papel do Estado e da jurisdição constitucional é de fundamental importância na implementação dessas propostas, como será demonstrado abaixo.

### 3.2. *Contra um "Leviatã" global e as "virtudes cosmopolíticas" em/para jurisdições constitucionais democráticas*

No Antigo Testamento, o Leviatã significa um animal, que pode ser um crocodilo, uma serpente ou um dragão, que se destaca por seu inefável poder. Daí ter causado horror o pai da filosofia moderna, Thomas Hobbes, comparar o Estado e o soberano ao referido monstro. No entanto, na famosa obra, o Leviatã aparece com uma forma

<sup>17</sup> Terminologia adotada por Boaventura de Souza Santos (SOUZA SANTOS, 2007).

humana, sentado em um trono por trás e acima de uma paisagem tranquila irradiando bem-estar (HÖFFE, 2005, p. 369).

Otfried Höffe afirma que, *à semelhança do Estado nacional, a República Mundial também deverá ser um poder eminente a serviço da paz e do Direito*. Mas não pode sê-lo de uma maneira absoluta, como era o Leviatã de Hobbes, devendo seguir delimitações e atuações específicas. Dessa maneira, importa ocorrer um fortalecimento dos princípios da subsidiaridade global, do federalismo e do nível continental intermediário, ocorrendo, também, prevenção contra uma interpretação expansiva das competências, uma opinião pública mundial eficaz e direitos estatais garantidos de forma clara e efetiva. Quando se menciona sobre questões políticas, é possível retornar à antiguidade clássica, pois naquela época já se falava em “virtudes cosmopolíticas”, que se identificam como o contraponto a uma teoria democrática meramente institucional (HÖFFE, 2005, p. 393).

Höffe (2005, p. 394) é claro ao dizer que: *quando se quer implantar as instituições necessárias, quando se lhes quer dar vida e aprimorar os métodos ora vigentes a determinadas situações, faz-se mister o concurso de virtudes cosmopolíticas*. Ainda menciona que, *se não podem substituir as instituições, pelo menos as podem complementar*. Com efeito, é necessário que as próprias instituições ajam, internamente, de acordo com “virtudes cosmopolíticas” contra uma supervalorização de outras instituições globais, como forma de implementar uma globalização de baixo para cima, difundindo a cultura de diversos locais do planeta.

Aqui, retoma-se a abordagem em torno da jurisdição constitucional local, mas que não esteja desvinculada de uma perspectiva cosmopolita. Assim, na medida em que se busca uma compreensão contemporânea de *democracia*, e uma maior igualização, alguns elementos se inter cruzam, apresentando-se como imprescindíveis. Não há que se pensar em processo democrático, em um agir

democrático ou em um fazer democrático sem que se considere a importância da Constituição e da jurisdição constitucional.

Quando se pensa jurisdição constitucional, ou seja, em uma atuação do Poder Judiciário que visa garantir a supremacia da Constituição e tutela dos direitos e garantias fundamentais, está ocorrendo também o estabelecimento de limites às demais funções do Estado. Essas funções, exercidas por maiorias circunstanciais eleitas por meio do voto popular, muitas vezes enebriadas por paixões políticas momentâneas, acarretam o que Paulo Bonavides denominou *crise de legitimidade* (BONAVIDES, 2003, p. 169).

É importante lembrar que o processo eleitoral é apenas uma das formas de se verificar o conteúdo da vontade popular. Além disso, é necessário que o exercício democrático dependa da conjugação de condições materiais – como, por exemplo, educação, moradia, dignidade humana, etc. – que permitam um nível mínimo de inclusão do indivíduo na comunidade.

Igualmente, não se deve ter em mente apenas a ideia de *one man one vote*, mas, sim, pensar o povo em termos de política constitucional. Isso não se refere a nenhuma posição rígida em termos “ou-ou” ou a uma relação entre “eu-tu”, mas deve acontecer em uma perspectiva “entre” (BUBER, 2001, p. 40). A democracia é algo em construção que deve “acontecer” na sociedade, além da perspectiva “cidadão” e “Estado”, na esfera do “entre” os dois. A jurisdição constitucional democrática existe para além da imagem construída pela pirâmide normativa kelseniana. É preciso que se busque novas opções teóricas e perspectivas substanciais que levem em consideração a realidade sociopolítica, sobretudo no que diz respeito à compreensão da Constituição, como uma referência normativa criada pelo povo e para o povo.

Quando o Poder Judiciário aprecia o caso concreto e age de acordo com a acep-

ção material da Constituição, revela-se a expressão da vontade popular. Na verdade, a jurisdição constitucional apresenta-se como uma possibilidade de se vencer as indeterminações dos textos legais ou como uma potencial alternativa para solução dos problemas sociais. Como afirma Streck, a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições para a implementação do seu texto. Ou seja, é necessário que existam meios de *acesso popular*<sup>18</sup>.

Esses instrumentos, atualmente, no Brasil se mostram extremamente frágeis, pois o cidadão não possui nenhuma forma direta para ingressar com ações na busca pelo controle concentrado de constitucionalidade. Observa-se que o inicial projeto de Lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – que hoje se converteu na Lei nº 9.882/99 – dispôs sobre a possibilidade de o cidadão ingressar diretamente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental; todavia, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República. Ainda pode-se mencionar o instituto do *amicus curiae*, que se apresenta como um auxiliar do juízo, com o objetivo de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Com a edição das leis que regulamentaram os processos de controle concentrado

---

<sup>18</sup> Para Souza Santos, é urgente que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional, busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Mas, ao contrário, o acesso deve mudar a justiça a que se tem acesso. Assim, o autor propõe sete vetores principais para que ocorra essa transformação recíproca, jurídico-política: *profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação de magistrados desde as Faculdades de Direito até à formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa* (SOUZA SANTOS, 2007, p. 33).

(Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99), a intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se; não mais se identifica previamente quem deve ser o auxiliar, que pode ser qualquer um, pessoa física ou jurídica, desde que tenha representatividade e possa contribuir para solução da causa.

Apresentando-se o Poder Judiciário como uma das funções do Estado, é crucial que se encontrem alternativas para desenvolver formas de acesso a ele. Também, é indispensável uma cultura de credibilidade da população, pois a jurisdição constitucional se apresenta como alternativa para efetividade constitucional.

Uma forma de se vencer o liame que separa o povo do sentido material da Constituição é por meio de decisões democráticas que resgatem o sentido, não apenas da Constituição, como também das “virtudes cosmopolíticas” que estão para além das fronteiras estatais. Nesse sentido, cita-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que traz o direito fundamental à moradia e à propriedade. No caso ora em análise, Apelação Cível nº 70016241440, o cidadão havia tomado posse pacífica de uma área de propriedade do município de Esteio, RS. A entidade estatal alegou que não podia o interesse privado prevalecer sobre o público. Todavia, o que se extraiu dos fatos foi que a área em questão, mesmo sendo pública, não estava atingindo a sua finalidade social já há muitos anos, conforme se constou da prova testemunhal, havendo somente a intenção de se implantar programas habitacionais no local (BRASIL, 2007).

Enquanto isso, a família que tomou posse do imóvel utilizava a casa que construíram no terreno como única moradia. É indiscutível que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação ao bem. Sublinha-se que o direito à moradia é assegurado pela própria Carta Maior, no seu art. 6º, capítulo *Dos Direitos Sociais*, e

deve ser providenciado pelo Poder Público. Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social.

Outra decisão que resgata a materialidade constitucional foi a que julgou o HC nº 82.424-2, em que ocorreu manifestação do Superior Tribunal Brasileiro sobre questões envolvendo preconceito, discriminação e racismo. No mencionado acórdão, vários Ministros do Supremo Tribunal Federal procuraram compreender o caso a partir de uma *suposta colisão* entre os valores: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, decidindo ao final, pela prevalência da dignidade humana e manutenção da prisão do editor de livros antisemitas (BRASIL, 2007). De fato, no atual Estado Democrático de Direito, não é possível aceitar qualquer tipo de manifestação que dê ensejo à discriminação, em qualquer de suas formas: cor, procedência nacional, opção sexual, etc.

Insta observar, como já foi mencionado no decorrer do texto, que, atualmente, não é mais possível se pensar o direito constitucional, a Constituição ou o constitucionalismo de forma isolada. Atualmente está ocorrendo uma (re)definição do direito constitucional em uma sociedade globalizada e cosmopolita. Quando a jurisdição constitucional interna não atender aos anseios democráticos e sociais, pode ocorrer a intervenção de organismos internacionais.

Cita-se, como exemplo, o Caso Damião Ximenes Lopes, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) condenou o Brasil por violação de direitos humanos. O caso foi inédito, pois foi a primeira vez que a Corte decidiu sobre um caso brasileiro, bem como por se tratar do primeiro pronunciamento da Corte sobre violações de direitos humanos de portadores de transtornos mentais. No caso em voga, o

Brasil foi condenado pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no município de Sobral, interior do Ceará. A Corte Interamericana declara em sua sentença que o Brasil violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; infringiu o direito à integridade pessoal de Damião e de sua família e violou o direito à proteção judicial a que têm direito seus familiares. Como medida de reparação à família de Damião Ximenes, a Corte condenou o Brasil a indenizá-los (JUSTIÇA ..., 2007).

Nessa sentença condenatória, a Corte deixa claro que o Brasil tem responsabilidade internacional por descumprir seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal e dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde. A Corte também conclui *que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e identificação.* (JUSTIÇA ..., 2007). A condenação do Brasil pela mais alta Corte de Direitos Humanos do continente americano é, sobretudo, uma repreensão internacional pela sua incapacidade e falta de vontade política de enfrentar as graves e sistemáticas violações e de combater a impunidade.

O Direito, e especialmente o Direito Constitucional, como área social que é, exige continuamente uma interação entre o povo e a Carta Maior do país, que serve de fundamento às demais normas e legitima os poderes constituídos. Se o cidadão não consegue proteção dentro das fronteiras territoriais, contemporaneamente, pode buscar a proteção de uma jurisdição externa. A grande questão é como resgatar essa interação, dentro das fronteiras do próprio Estado, que possui – a princípio – juízes conhecedores da cultura e identidade local?

Com efeito, o incentivo a programas educacionais e culturais, sublinhando um sentimento de pertencimento a uma comu-

nidade, bem como a busca de um discurso decisório que evidencie a materialidade da Constituição podem ser formas de se (re) constituir ou de buscar o sentido democrático do constitucionalismo, atualmente baseado não apenas em um ordenamento fechado e desvinculado da ordem internacional, mas em “virtudes cosmopolíticas” em/para uma jurisdição constitucional que busque a efetivação dos direitos sociais. Segundo Hannah Arendt (2003, p. 42), a igualdade, longe de estar relacionada apenas à justiça, está na própria essência da liberdade; ser livre significa ser isento de desigualdade.

Dessa forma, fazendo uma alusão a Canotilho (2006, p. 345), talvez assim a Constituição, sem abandonar as memórias, possa continuar a ter história, neutralizando o perigo de ser definitivamente colocada no lugar de memória. Na dimensão da convivência humana, é possível conhecer o autor dos “milagres”. *São os homens que os realizam – homens que, por terem recebido o duplice dom da liberdade e da ação, podem estabelecer uma realidade em que lhes pertence de direito* (ARENDRT, 2005, p. 220).

#### 4. Considerações finais

Cita-se na epígrafe deste trabalho um trecho do livro *Escute Zé-Ninguém*, de Wilhelm Reich, em que o autor tenta chamar a atenção dos leitores para a autocrítica. Na verdade, a mencionada obra é recheada de ironia, constando claramente a informação de que o povo é constituído por “Zés-Ninguéns”, ressaltando-se, assim, uma completa apatia do homem, principalmente relacionada às questões sociais.

Essa mesma inércia está ancorada na ideia de uma suposta liberdade, ainda baseada nas revoluções do século XVIII. A questão é de que liberdade se está falando? Com Reich (2001), repisa-se: “livre” apenas sob um aspecto: *livre da autocrítica que poderia ajudá-lo a governar sua própria vida*. Com efeito, quando se questiona sobre a

efetividade e aplicabilidade de princípios, geralmente saltam aos olhos os preceitos das primeiras revoluções burguesas, entre eles: o princípio da liberdade e igualdade. No decorrer do trabalho, destacou-se que Wallerstein (2002, p. 132) os trata como irmãos inimigos, ou seja, irmãos rivais que caminham em diferentes direções. Isso não quer dizer que a igualdade se oponha à liberdade, pois só pode haver liberdade num sistema baseado na igualdade.

O desenvolvimento do Estado de Direito, na Idade Moderna, sublinhando o racionalismo iluminista, levou à positividade do Direito e acarretou a segmentação das funções estatais. Ou seja, o princípio da *separação dos poderes*; também separou o Poder Judiciário, o processo e a própria jurisdição da ideia de justiça existente no direito romano clássico.

Na verdade, o que se pretendeu demonstrar, no transcórre do texto, foi que as Instituições e funções estatais, bem como a sociedade em geral, permaneceram aprisionadas pelo paradigma racionalista e iluminista do século XVII e XVIII, o que dificultou o reconhecimento da diferença, a preocupação com o outro, o desenvolvimento da igualização e a inserção popular nos problemas do Estado. Mesmo sabendo dessas dificuldades, acredita-se que a (re) construção de um sentido para o direito constitucional e para a jurisdição constitucional pode servir de alternativa para se combater a concepção individualista atual. Castanheira Neves (2002, p. 17) pontua que *a problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos (...) nos pomos em causa até o limite*.

Nesse viés, retomaram-se algumas ideias voltadas para o desenvolvimento de condições de hospitalidade; reconhecimento das diferenças; estabelecimento de uma federação de Estados; e, até mesmo, para a possibilidade de formação de Constituições civis de Estados Republicanos. Canotilho

(2006) percebe a possibilidade de um constitucionalismo integrado ou a ideia de interconstitucionalidade. Salienta-se que a Constituição é o documento que expressa os anseios de determinada comunidade e tutela os valores que esta mesma comunidade postula. Daí ser necessário ao Poder Judiciário atuar em defesa dos valores democráticos e sociais presentes nos textos constitucionais estatais, para que seja possível aproximar a Constituição do povo e, ao mesmo tempo, lutar para que as “virtudes cosmopolíticas” sejam implementadas.

Dessa forma, apresentaram-se apenas algumas possibilidades de sentido – não se espera que sejam as únicas, nem as melhores – para construção de jurisdições constitucionais democráticas. Estas, baseando-se no respeito e na tolerância para com as diferenças, talvez implementem uma utopia ou passem do sonho à realidade, constituindo-se e desconstituindo-se no que Antonio Negri denominou desutopia constitutiva. Nessa perspectiva, também, talvez o Direito Constitucional continue a fazer história, como uma disciplina dirigente.

### Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O mal-estar na pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 set. 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 36 n. 142. Brasília, abr./jun. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. Crise do Estado, constituição e democracia política: a realização da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André et al. (Orgs). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 82. 424-2. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 5 set. 2007.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70016241440. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2007.
- BUBER, Martin. *Eu e tu*. São Paulo: Centauro, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Callaço*. Coimbra: Almedina, 2002a.
- \_\_\_\_\_. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Questão-de-fato – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELSTER, Jon. Las consecuencias de la elección constitucional: reflexiones sobre Tocqueville. In: \_\_\_\_\_; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica: México, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- JUSTIÇA global. Disponível em: <<http://www.global.org.br/portuguese/damiauximenes.html>>. Acesso em: 15 out. 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. Pós-modernidade e hipermodernidade. In: FORBES, Jorge; REALE JUNIOR, Miguel; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Orgs). *A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade*. Barueri, SP: Manole, 2005.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madri: Trotta, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEGRI, Antonio. *O Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O poder constituinte – ensaio sobre alternativas da modernidade*. Rio do Janeiro: DP&A, 2002.
- REICH, Wilhelm. *Escute, Zé-Ninguém!* São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Edson Luis André de. *Uma invenção da utopia*. São Paulo: Lumme Editor, 2007.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- \_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Disponível em: <[http://www.Dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura\\_dh.htm](http://www.Dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm)>. Acesso em: 27 set. 2007.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUC, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso. constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: sentimentos e opiniões*. Livro 2. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.
- VENTURA, Deisy. *Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço da conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo*. Anuário da Unisinos. No Prelo. 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1998.
- WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.