

**IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/OÑATI**

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

SELMA RODRIGUES PETERLE

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Selma Rodrigues Petterle, Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-146-3

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

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Estado. 3. Constitucionalismo. 4. Sociedade.

CDU: 34

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

Apresentação

A presente obra reúne artigos que foram aprovados (com dupla revisão cega por pares), apresentados e debatidos durante o IV Encontro Internacional do CONPEDI-OÑATI, realizado entre os dias 16 e 18 de maio de 2016, no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, na província de Gipuzkoa, na região autônoma do País Vasco (Espanha). A temática central que permeou o evento, isso desde a fase inicial de projeto até a sua concretização, foi a de aprofundar as reflexões na Área de Concentração do Mestrado em Direito do UNILASALLE (Direito e Sociedade). Para dar conta desse desafio contamos com inestimáveis parcerias. A do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que reúne os Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil e que tem desempenhado um papel central no fomento à pesquisa científica na área do Direito, assim como o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, instituição de renome internacional com a qual o Mestrado em Direito do UNILASALLE mantém um vivo Convênio Internacional, consolidando, concretamente nossa internacionalização.

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direito e Sociedade, indissociavelmente conectados, os esforços foram direcionados para o aprofundamento do diálogo entre os países ditos como centrais e periféricos e as múltiplas questões atreladas a essas denominações. Sob esta perspectiva foram concebidos vários grupos de trabalho. Dentre estes, o Grupo de Trabalho (GT) “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, com o propósito de propiciar um debate aberto e com elevado nível científico sobre os seguintes temas: evolução histórica do constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, garantismo e novo constitucionalismo latino-americano; âmbitos de expansão do constitucionalismo: constitucionalismo global e constitucionalismo dos micro-poderes privados; constitucionalismo e democracia. As atividades deste GT foram desenvolvidas no dia 16 de maio de 2016, nos turnos da manhã e da tarde.

Considerando esse vasto universo temático, optou-se, no GT “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, por reunir os artigos em blocos, por afinidade temática ainda mais estreita, o que viabilizou um rico e fértil debate, após o breve período de apresentação. Esta dinâmica, além de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou concretamente a reflexão e o intercâmbio de ideias, o que sem dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica Área do Direito.

Onãti, maio de 2016.

Prof. Dra. Selma Petterle, Doutora em Direito pela PUCRS (2012), Coordenadora Adjunta e docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

Prof. Dr. Sergio Cademartori, Doutor em Direito pela UFSC (1998), docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

A NOVA FEIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO PROPOSTA CONSTITUCIONAL (AINDA) PARA A MODERNIDADE PERIFÉRICA

UN NUEVO RASGO DEL CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO UNA PROPUESTA CONSTITUCIONAL (AÚN) PARA LA MODERNIDAD PERIFÉRICA

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Resumo

Este artigo parte do pressuposto de que a história do constitucionalismo dirigente ainda não se encontra acabada. A partir daí, considerando as diferenças entre as experiências constitucionais dos Estados periféricos e dos Estados centrais, divisar uma nova feição para o constitucionalismo dirigente, onde a constituição se apresenta como mediatizadora do binômio inclusão/exclusão ao conformar não apenas a atuação dos agentes públicos, mas igualmente dos agentes privados, com a realização do projeto do Estado Democrático de Direito nos Estados da modernidade periférica que não lograram, ainda, ultrapassar o Estado de Bem-Estar-Social e apresentam, portanto, déficit de promessas de modernidade não implementadas.

Palavras-chave: Constitucionalismo dirigente, Direitos fundamentais, Democracia, modernidade periférica

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo se supone que la historia del constitucionalismo dirigente aún no ha terminado para, desde allí, teniendo en cuenta las diferencias entre las experiencias constitucionales de los Estados periféricos y estados del centro, concibe una nueva característica para el constitucionalismo dirigente, donde la constitución se presenta como mediada de la inclusión /exclusión, para ajustar no sólo a las acciones de los funcionarios públicos, sino también a los actores privados con la consecución del proyecto del Estado democrático de derecho en la modernidad periférica.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: constitucionalismo dirigente, Derechos fundamentales, Democracia, Modernidad periférica

Introdução

Eleito o Estado Democrático de Direito como um *locus* privilegiado na ordem global heterárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, a constituição assume papel importante quando ela se apresenta aquiescida pela função mediatizadora de inclusão social. Com efeito, a opção pela compatibilidade e fortalecimento do Estado Democrático de Direito com o pluralismo político-jurídico da sociedade global descortina, necessariamente, qualquer que seja a via teórica a ser palmilhada, a questão dos direitos humanos no contexto da incessante luta por justiça social ao amparo de mecanismos voltados para divisar meios assecuratórios da igualdade.

A igualdade que se fala é a igualdade material, projetada não apenas a partir da fundamentabilidade dos direitos humanos (formal), mas a partir de efetiva responsabilidade do Estado e da sociedade visando à inclusão social.

Assim, na concretização dos conteúdos é preciso se ter presente que a questão desborda dos limites da positividade. Se de um lado essa atuação descortina uma fundamentabilidade formal ou narrativa dos direitos humanos que está, nalgumas hipóteses, a exigir vinculação do legislador para sua densificação, por outro lado, o exame dessa questão não pode desconsiderar a metanarratividade desses conteúdos que apontam para um processo integralizador a partir das chamadas cláusulas constitucionais abertas a exemplo do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira que introjeta conteúdos a partir de sua principiologia, bem como de normas de direito internacional, e ainda a aplicabilidade direta desses conteúdos, mas que desdobra, também e igualmente, por mecanismos voltados para a garantia desses direitos por meios emancipatórios previstos ou que decorram do próprio sistema constitucional e que apontam para o que se pode denominar de *constitucionalismo brasileiro da efetividade* marcado, por mais que se olvide, por uma proposta constitucional ainda dirigente em descompasso com a experiência vivenciada pelos chamados Estados núcleos que já superaram o constitucionalismo dirigente em defesa da projeção da experiência estatal no âmbito da supranacionalidade.

Assim, as ideias que submeteremos a seguir voltam-se para divisar uma nova feição do constitucionalismo dirigente como uma proposta ainda válida para os Estados periféricos onde as promessas de modernidade não foram cumpridas. Nesse sentido, o recurso da lógica dedutiva, impõe-se como basilar para a validação da questão apresentada. A conclusão aposta na circunstância de que a revisão teórica realizada tenha oferecido substratos para divisar o arranjo democrático periférico alçado, ainda, no constitucionalismo dirigente.

1 Constitucionalismo dirigente: a história ainda não está terminada

A preocupação com a vivência dos direitos fundamentais se projeta como pano de fundo da questão democrática sendo, portanto, ocupação de todas as vertentes teóricas sociológicas, jurídicas ou políticas que se debruçam sobre o tema. Essa preocupação, depois do segundo pós-guerra erigiu-se a partir da ideia de justiça social e vinculação da atividade estatal a programas, pautas, objetivos e finalidades a serem alcançados ao escopo de atingi-la em decorrência da experiência do *welfare state*. Foi a partir daí, que Peter Lerche¹ no âmbito da experiência deflagrada com a Constituição Alemã de 1949 – A Carta de Bonn – perscrutava os limites de vinculação do legislador a preceitos constitucionais impositivos de deveres legislativos e, conseqüentemente, enfrentava a normatividade desses dispositivos daquela Lei Fundamental. Todavia, Lerche não possuía a atenção voltada para uma generalização teórica em face de comandos programáticos. Essa preocupação, na verdade, veio a ser explorada por Canotilho em sua tese doutoral *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Nesse trabalho, o que indaga Canotilho é “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômicos-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”² A resposta de Canotilho é (ou ao menos era) voltada para divisar uma racionalização da política por meio de uma legitimação material em nível constitucional na medida em que a constituição incorporasse fins a serem alcançados com as tarefas a esse fito. Nesse sentido “a definição a nível constitucional, de tarefas económicas e sociais do Estado, corresponde ao novo *paradigma* da constituição dirigente”.³ Adviria, daí, a normatização da atividade política com o estabelecimento de *imposições constitucionais* a serem observadas não apenas pelo legislador, mas pelos demais poderes no momento da atividade concretizadora, de tal sorte que o problema se coloca em nível de cumprimento da constituição que se viria, portanto, guindada à condição de *substrato jurídico para a mudança social*.

¹ Conferir LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167., p. 169.

Para alguns, a constituição dirigente se encontra “morta”⁴. Tudo tem partido da ideia de que a normatização na lei fundamental das tarefas e fins do Estado conduziria a uma estatização do mundo da vida transformando a constituição num instrumento tão auto-suficiente que ignorando outras formas emancipatórias⁵ avultar-se-ia um instrumento poderoso que por si só resolveria todos os problemas⁶.

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da constituição dirigente. Na verdade, observe-se que nas palavras dele o fim do constitucionalismo dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1ª) entender-se o dirigismo constitucional como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar, transformações emancipatórias; e 2ª) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais. É sob o influxo desses dois aspectos que ele compreende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à constituição dirigente. Canotilho reconhece que veio a perceber isso tarde e lentamente demais⁷ dando a compreender que a história já se encontraria finda, quando na verdade, nalgumas experiências estatais, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslanchando.

3 A feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente – a constituição como mediatizadora do binômio *inclusão x exclusão*

Não estamos, aqui, nos posicionando frontalmente contrários ao novo modelo de constitucionalismo proposto pelo mestre português, assentado em bases teóricas adequadas

⁴ A expressão foi alardeada a partir de uma enunciação do próprio Canotilho: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, prefácio)

⁵ Registra o próprio Canotilho que “os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes – desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo autopoiético, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica – não se cansam de proclamar a falência dos “Códigos dirigentes” num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 8).

⁶ BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

ao *locus* europeu onde viceja a experiência constitucional portuguesa. O que pretendemos demonstrar é que há experiências pontuais e históricas de Estado – referimo-nos aos Estados periféricos, como no caso do Brasil - que precisam ser consideradas como modelo diferenciado a apropriar o constitucionalismo dirigente como forma emancipatória. E, para tanto, vamos recorrer a elementos da Teoria dos Sistemas, porque com base na policontextualidade dela decorrente, encontra-se erigido o constitucionalismo moralmente reflexivo divisado por Canotilho.

Sob o prisma da pragmática sistêmica, a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade. Deveras, o homem que hoje vive num mundo globalizado tem cada vez mais expectativas. Quanto mais globalizada a sociedade, mais são as expectativas a serem satisfeitas e, como se sabe, muitas delas vêm a ser frustradas, o que exige seletividade na eleição de quais expectativas devem ser atendidas no âmbito da contingência. Nessa contextura, afirma Luhmann que

o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações (...) cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.⁸

A ideia de complexidade, como se vê, não significa complicação. Significa que as várias possibilidades de experiências ampliam-se. Ampliam-se as alternativas. Basta pensar, por exemplo, nas possibilidades de profissão nas sociedades primitivas, sem dúvida, muito menos complexas que nas sociedades modernas. A seu turno, contingência é o que limitará as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas. Emerge, a partir daí, a necessidade de que certas experiências, “que possibilitam um bom resultado seletivo, (sejam) enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.”⁹ Isso ocorre através de um emaranhado de operações estruturadas a partir de comunicações que imprimem uma certa funcionalidade ou sentido ao sistema. Essa funcionalidade dos variados sistemas sociais é diferenciada através de um código binário que no sistema jurídico é *direito/não-direito* ou *lícito/ilícito*; na economia: *ter/não-ter*; na política: *poder/não-poder* ou *governo/oposição*; na arte *belo/feio* e assim por diante. A ideia de sistema conduz à existência

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 45 – 46.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

de partes uma em consonância com as outras formando um todo que se distingue da simples soma das partes. Significa dizer, portanto, que cada operação de um sistema, diferencia-se dos outros sistemas em razão do seu código binário de preferência, encontrando-se, por isso, apta a ensejar a produtividade recursiva do próprio sistema, assegurando a sua existência e o seu fechamento operacional.

O sistema constitui, a partir daí, uma perspectiva de observação da sociedade. E num mundo que é o horizonte de todas as sociedades, vamos encontrar vários sistemas (biológicos, sociais, psíquicos, etc). Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (*lícito/ilícito*), apto a imprimir-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas. Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade de selecionar dentro de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.

Sem olvidar o alto grau de diferenciação do sistema social erigido a partir da hipercomplexidade da sociedade moderna radicada na auto-organização, estamos convencidos de que a perda da autonomia e unidade do direito ao deslocar o Estado de sua posição central com respeito à escolha de conteúdos e definição de procedimentos, tem ensejado uma maior (não qualitativamente) comunicação intersistêmica, na exata medida em que esse deslocamento exige que o sistema político, assim como o sistema econômico, entre outros, sejam considerados, tal qual o direito, subsistemas sociais diferenciados e, aí, as limitações são recíprocas não havendo espaço para um dirigismo constitucionalizante da sociedade através de um código unitarizante e conformador dos vários sistemas sociais (*lícito/ilícito*).

Se o dirigismo constitucional limita – racionaliza/normaliza – a política e a economia ao eleger conteúdos e definir programas, não se pode olvidar a gama de comunicações intersistêmicas – um imenso incremento de recíproca irritabilidade, na linguagem de Luhmann¹⁰ – que estão em causa na definição destes conteúdos. E aqui nos referimos não apenas à definição de primeiro grau, nitidamente institucionalizadora¹¹ por

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 541.

¹¹ Adverte Canotilho que “se a idéia de <<conformação racional>> da sociedade abriu caminho para o conceito de constituição como *modelo de conformação social racional*, nem por isso é legítimo falar em *constituição-*

ocasião do exercício do poder constituinte, seja originário, seja derivado; mas a uma segunda definição por ocasião de ações concretizadoras (legislativas, executivas ou judiciais). Basta pensar, em relação à economia, quando a diferenciação impingida pelo seu código binário de preferência (*ter/não-ter*) e seus próprios programas impõem os conteúdos do neo-capitalismo liberal reduzindo ou suprimindo o papel do Estado (as prestações estatais no âmbito social) em nome da globalização desenfreada.

É fato inquestionável que a atuação do código hipertrófico (*ter/não-ter* da economia) tem-se erigido em detrimento da autonomia e unidade tanto do direito quanto da política. Os efeitos dessas irritações podem ser facilmente divisados no nível das ações (des)concretizadoras com os conhecidos casos de compra de voto de parlamentar ou de propinas judiciárias para juízes e servidores da justiça, delegados, agentes do ministério público, etc, ou, ainda, em relação ao sistema político, com a desenfreada prática do fisiologismo. A atuação hipertrófica do sistema econômico conduz ao aparecimento da função simbólica da constituição, onde a autonomia e unidade do direito restam expostas às ingerências da economia e também da política, afastando a saudável fatorização de interesses que deve nortear a comunicação intersistêmica, que na verdade se vê reduzida a uma aparência de comunicação que conduz à ideia de filtragem de um conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada tal qual desvelada por Marcelo Neves.¹²

O mundo da vida já se acha, nessa contextura, colonizado pelos sistemas econômico e político e a *constitucionalização da responsabilidade* a partir de um perfil ético discursivo como sustentado, agora, por Canotilho¹³ deve se colocar não especificamente no âmbito do

plano para traduzir a idéia da planificação constitucional como o instrumento mais relevante da racionalidade conformadora. O problema central da directividade da constituição reside não tanto na própria constitucionalização do instrumento do plano como na definição das existências *normativo-constituintes* destes. A configuração constitucional do plano limitada aos <<aspectos conceptionais>> impõe-se como uma primeira exigência normativa, a fim de não converter uma lei fundamental, que se pretende justamente como ordenação consciente da colectividade (HELLER), em *constituição-plano*, com os perigos inerentes da *planificabilidade* da própria constituição (...) assume-se o plano como forma de racionalidade e como forma de dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição. Se estes dois momentos continuam a ser indiscutidos nas democracias socialistas, deparam nos países capitalistas, com manifesto cepticismo e oposição nos últimos tempos (...) Apesar disso, o plano continua a ser considerado como <<símbolo de um futuro melhor>>, como <<localização da utopia>> (...) a análise fenomenológica dos planos político-econômicos tem demonstrado que uma estreita *constitucionalidade do plano acaba na planificabilidade da constituição*. É, porém, diferente dizer-se que o plano deve estar <<constitucionalizado>> de afirmar-se que <<a constituição é o plano>>. (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 170).

¹² Consultar NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 15 – 16.

dirigismo constitucional, mas em toda relação intersistêmica, ou dito com outras palavras, deve se utilizar da inclusão para mediatizar as ações concretizadoras que se deflagram envolvendo todos os subsistemas sociais.¹⁴

O que estamos querendo fazer compreender é que a diferenciação sistêmica ao invés de se apresentar como instrumento emancipador em nome do *alto grau de diferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada*¹⁵ que impulse uma subsidiariedade participativa, que em proveito da expansão ascendente do poder permite o desenvolvimento de modelos regulativos típicos, no dizer de Canotilho, modelos de autodireção social¹⁶, pode, nas comunidades periféricas, tornar a constituição um instrumento simbólico se as ações concretizadoras dos agentes estatais ou não, não se voltarem para mediatizar adequadamente o binômio *inclusão x exclusão* a partir da condição de possibilidade emergente do texto nesse sentido dirigente. Essa função mediatizadora da constituição como condição de possibilidade é a feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente que está longe de conformar autoritariamente a sociedade.

Quem seria e onde estaria, nessa contextura, Leviatã ou Morloch¹⁷? Um Estado debilitado pela perda de unidade e autonomia do direito em face da hipertrofia da economia e

¹⁴ É sob esta perspectiva que concebemos a influência Lumanniana sobre Canotilho. Essa nossa abordagem pressupõe que se considere que na sua função sistêmica o direito, ao estabilizar expectativas comportamentais reduzindo complexidades, é ao mesmo tempo um sistema fechado e aberto. Fechado operacionalmente porque, tal como os demais sistemas, se produz autopoieticamente a partir de programas próprios e operações diferenciadas pelo código binário (*lícito/ilícito*) – auto-referência. Aberto cognitivamente, porque não se encontra imune às irritações dos demais sistemas. Essa abertura cognitiva, por meio dos acoplamentos estruturais, ensina a inter-referência sistêmica o que faria exsurgir o direito reflexivo. Se as operações intersistêmicas se processarem mediatizadas pelo código *inclusão/exclusão* sob o fio condutor dos direitos humanos fundamentais, pode-se cogitar de um direito reflexivo voltado para inclusão, como fez Canotilho quando concebe o constitucionalismo moralmente reflexivo voltado para a estabilização mediatizada a partir dos quatro contratos globais: *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – *o contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 1996, p. 17). O problema, todavia, foi percebido com agudeza por Streck que se ampara em Bercovici para afirmar esse modelo de direito “para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Falar em responsabilidade social com a atuação hipertrófica do sistema econômico (*ter/não-ter*) sob o influxo do neo-capitalismo liberal parece-nos realmente utópico! Daí pontua Streck, com absoluta precisão, que “critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128, *passim*).

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

¹⁷ A referência é tomada a partir de Canotilho quando afirma: “Falar em constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale legitimar um Estado-Morlöch ou Leviathan.” (CANOTILHO, J. J.

da política? Ou será que não estaria escondido nos modelos nocivos de autodireção social internos ou imersos nas malhas da sociedade global heterárquica? E, aqui e acolá, agindo hegemonicamente, faz seu poder aparecer seja por meio de operações domésticas desconcretizantes ou através de operações transjuncionais? Ceder a constituição dirigente periférica ao espaço da transnacionalização e globalização ainda que sob o pálio das cláusulas contratuais globais divisadas por Canotilho¹⁸, tornando-a “menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante (...) enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*” terá o condão de impedir a atuação hegemônica do capital sobretudo numa ordem não-democrática e em detrimento de um espaço nacional fragilizado onde o Estado Democrático de Direito ainda não se consolidou?

Transposta a questão, nesta linha de raciocínio, para a esfera internacional, parece-nos que a colonização do mundo da vida projeta-se, igualmente, erigida sobre os mesmos efeitos. Deveras, se no plano interno fala-se que a técnica jurídica “apóia-se em práticas afastadas da vida real”¹⁹ conduzindo à violação do mundo da vida pela colonização do direito abominando-se, com isso, o dirigismo constituinte; no âmbito internacional, a técnica jurídica apropriada às operações transjuncionais têm afastado de suas malhas as camadas populacionais de países periféricos em razão do alto grau de conhecimento de questões técnicas afetas à economia globalizada que ainda se situam no âmbito dos Estados do centro e, propositadamente, nalguns – não poucos casos – não são disseminadas. As camadas mais pobres da população, que amargam os efeitos do processo de uma globalização hegemônica, não compreendem o quê e como (ganham?) perdem com a mediação dos interesses a partir do código hipertrófico e a partir daí começam a eclodir postulações que antes encontravam-se afetas apenas à órbita interna do Estado. Assistimos, já após Canotilho ajustar o constitucionalismo dirigente às exigências da supranacionalidade europeia, a acontecimentos que merecem ser levados em consideração. Estamos nos referindo ao veto do povo francês e holandês à Constituição da União e aos rumos que tomou o processo de fragmentação da

Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 11).

¹⁸ “A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e a globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – *o contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 17).

¹⁹ LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

antiga Iugoslávia, que à parte de toda manietação das potências europeias e do Estado líder, parece revelar um apelo de povos, de nações, em defesa dos espaços locais, revelando a importância de um projeto que ainda não se encontra acabado: o Estado Nacional.

A significação destes acontecimentos não estaria atrelada a um fortalecimento do Estado nacional, com a satisfação de políticas sociais ainda não cumpridas e a necessidade divisada de, no ambiente de incertezas, serem estabelecidas outras espécies de diretivas que não as supranacionais acerca de determinados direitos ou assuntos?

Sem dúvida alguma, a questão estava a exigir mais reflexão e o mestre português não se escusou a fazê-la. E resultado da tarefa de casa sobre os questionamentos teóricos que tais, registra ele, em termos de resultados práticos, não foi animador. Constatou, com efeito, Canotilho, que o triunfo esmagador do globalismo neoliberal põe em xeque a reversibilidade das posições sociais e projeta os direitos sociais para um lugar incerto conquanto ainda erigidos sob uma *concepção antropológica complexa*, cujo centro ainda é o indivíduo como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Essa “trindade antropológica”, lembra ele, por mais ontologicamente radicada que seja, vê-se confrontada por quatro deslocções contextualizadoras: “(i) acentuação da *dignidade da pessoa* como princípio fundante da sociedade, mas simultaneamente dessubstantizador da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais; (ii) *dessubjetivização regulatória* conducente à substituição da cidadania social pela cidadania do consumidor; (iii) *dessolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais; (iiii) crítica da eficácia e eficiência dos serviços públicos sociais pelas correntes económico-reguladoras da *boa governação*.”²⁰

Esses fenômenos textificados por Canotilho a partir da experiência portuguesa sob o influxo da globalização da União Europeia, já eram bastante conhecidos nossos (da experiência brasileira) em maior ou menor escala. Com efeito, apenas a guisa de exemplo e pertinente à hipertrofia da dignidade da pessoa em detrimento da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais, verifica-se que a invocação ao princípio dignitário tem sido uma constante na jurisprudência a guisa de sufragar direitos sociais, o que não teria nada de problemático, pois, como lembra Canotilho, o princípio ontofenomenológico fundante da

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 2. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

dignidade social da pessoa humana respalda o desenvolvimento da personalidade e constitui o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado.²¹

Contudo, o recurso ao princípio tem, em muitas ocasiões, provoca o que Canotilho chama de “esvaziamento solidarístico” na medida em que as decisões argumentam que o princípio “postularia sempre um agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna (e) a dignidade da pessoa só seria afectada se o regime jurídico legislativo não garantisse os “mínimos” de dignidade.”²² Isso aconteceu, por exemplo, quando a Suprema Corte portuguesa enfrentou a nova legislação que alterou o rendimento de inserção social. Na Suprema Corte brasileira, de mesmo modo, afloram decisões que divisam uma refração social da dignidade da pessoa humana aferida pelo mínimo existencial, num contrapeso à reserva do possível.

A crítica vazada por Canotilho à estratégia discursiva da Corte portuguesa quando se pautou por esse mesmo caminho, se prestaria, igualmente, para o Supremo Tribunal brasileiro: “Em toda sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais de dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência.”²³ Ponderamos, todavia, porque quando se depara com a realidade estatal periférica, marcada, nitidamente, por uma modernidade tardia onde foi solapada a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social, o implemento do Estado Democrático não afasta a possibilidade da conformação jurisdicional das políticas públicas voltadas para garantia de um mínimo existencial que assegure a dignidade. Isso não significa um esvaziamento da sociabilidade, mas antes, um passo necessário à sua concretização.

A deslocação da sociabilidade estatal em decorrência dos efeitos globalizantes continua, no exame de Canotilho, quando sob o viés da *dessubjectivação regulatória*, o indivíduo está perdendo a qualidade de *cidadão social* e adquirindo cada vez mais a qualidade de *utente* ou de *consumidor* de bens sociais (saúde, ensino, segurança social), bens públicos

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 3. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 3. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 3, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

que excepcionalmente podiam ser prosseguidos pela esfera privada, mas que, agora, se tornam bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos, tornando a sociabilidade estatal um lugar incerto. E Canotilho se mostra, ainda, consciente de que há uma pressão para transformar serviços públicos em *indústrias de serviços* e por isso prossegue registrando que “quem estiver atento às tendências políticas e econômicas neoliberais facilmente compreenderá que o mercado de serviços tende a preencher o espaço social em domínios tão sensíveis como hospitais, estabelecimentos de ensino, sistemas de segurança social”, que sob o influxo de uma política nitidamente de cunho liberalizante e privatista atribuem a competência regulatória a entidades independentes de modo a assegurar adequados padrões de eficiência e qualidade (boa governança) ²⁴.

Nesse ponto, Bolzan é mais incisivo quando, considerando a realidade brasileira, aponta mesmo para o desfazimento da socialidade estatal. Nas suas palavras:

O pressuposto da “socialidade” (...) se desfaz não apenas com a reprivatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas – muito sentido naqueles países de modernidade tardia, cujas políticas sociais prestacionais, quando ocorrentes, muitas vezes serviram para *reforçar o caixa dos já incluídos* ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários –, como também com a desconstrução da fórmula de interesse comum entre democracia e capitalismo (de produção), até mesmo porque esta “socialidade” é uma marca da ação civilizatória do Estado agindo por sobre o egoísmo característico do espaço privado e da economia liberal (capitalismo). Entretanto, importa observar que o deslocamento do poder para o setor privado, não exclui o espaço público. Este foi redefinido, mas não abolido.²⁵

A redefinição do espaço público nos coloca diante de um novo arranjo onde a orquestração do concerto constitucional passa por novos caminhos onde o direito diretivo-constitucional vem ostentar uma centralidade regulativa dos sistemas de interação e dos atores sociais.

Enfim, a *dessolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais se presta para uma boa tese a partir das práticas empresariais brasileiras. Deveras, não se pensa numa socialidade estatal quando a todo custo se pretende pagar menos tributos em defesa de maiores níveis de lucros, o que ocorre mercê de planejamentos fiscais, quando não mesmo de sonegação.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, pp. 3 – 5, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 189.

Sob tais considerações, Canotilho afirma que “se a “lógica dirigente” está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de *direcção* de uma comunidade organizada.”²⁶ Ele aponta a relevância do conceito de “*direcção*” para a concretização do direito registrando que

embora as teorias auto-referenciais tenha obrigado à revisão (por vezes dramática) dos esquemas de *direcção* do estado e do direito, entendemos que é possível manter tendencialmente a idéia de *direcção*: comando dirigido à conformação, regulação, alteração intencional e finalística de situações políticas, econômicas, sociais e culturais através dos instrumentos jurídicos. À semelhança das teorias sistêmicas, a *direcção* não deve conceber-se como ordem autocrática do Estado soberano juridicamente imposta, antes deve compreender esquemas múltiplos de mecanismos accionados por vários actores sociais. É nessa perspectiva que se orienta a *análise neo-constitucionalista* centrada nos vários actores sociais e nos vários instrumentos de *direcção*. O conceito de *direcção* é, assim, um conceito analítico que engloba *vários meios de direcção* ao lado do direito (mercado, finanças, organizações). Daí que seja importante salientar a centralidade directora do direito num Estado de direito democrático, mas não a sua exclusividade, impondo-se mesmo a conjugação de vários instrumentos de *direcção* para se obterem os fins desejados. Em segundo lugar, a *direcção* pressupõe *actores sociais* mesmo que se reconheça – como salientam as teorias autopoieticas – a existência de sistemas diferenciados dotados de uma dinâmica própria. Diversamente, porém, da auto-referencialidade sistêmica, o institucionalismo centrado nos actores depende de uma *direcção político-social* entendida como um sistema intencional e comunicativo de acção influenciadora da conformação de relações sociais orientadas para o bem comum. O que é absolutamente necessário, nesse modo de ver as coisas, é dar centralidade regulativa aos sistemas de interacção sociais através dos seus actores individuais ou coletivos. A partir desse momento analítico de *direcção*, o institucionalismo centrado nos actores defende uma “nova estatilidade”, uma “nova arquitetura de Estado”, onde se recortem novas formas institucionalizadoras de *cooperação* e de *comunicação* entre: (i) os actores sociais mais importantes e os interesses politicamente organizados; (ii) o Estado e as organizações políticas.²⁷

A partir daí, Canotilho divisa o impacto praxiológico desse esquema no campo da interpretação e concreção do *direito directivo-constitucional* alvitando algumas refrações metódico-metodológicas todas tendo como pano de fundo a racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino) que, segundo ele, constituem exemplo típico de que a constituição social directora precisa de novos arrimos jurídico-dogmáticos e que podem ser assim sintetizadas: 1) a *idéia de “núcleo essencial” de direitos*, liberdades e garantias, que sempre se perfilou contra leis e medidas restritivas desses direitos, quando se tem presente que hoje não se constitui tarefa fácil a

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 8. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, 2008, nº 22, pp. 8 – 9, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

determinação da essência de um desses direitos, “sobretudo quando eles se colocam perante os juízos de *balanceamento* de bens e direitos em caso de conflitos”; 2) *os níveis essenciais de prestações sociais*, que admitem que em cada prestação são especificadas e pormenorizadas as dimensões que asseguram a sua adequação, considerando que ela transporta determinada dimensão considerada essencial em relação a ela mesma. Canotilho refere-se ao trabalho elaborado por um grupo de peritos reunido em 2005, na associação Astrid, em Bolonha, e coordenado por L. Torchia intitulado *Welfare e federalismo*, no qual se aponta que

a efetivação passa pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulação porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução. Aquela disciplinaria as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as acções estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservação de *standards*. O regulamento devia especificar a lista dos indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objectivo que as administrações devem respeitar.²⁸

Temos, de nossa parte, ressalva quanto a esse caminho, porque os entraves podem ser de tal monta que ao invés de facilitar, dificultaria a concreção, sobretudo em experiências jurídicas onde afloram insinceridades normativas. De qualquer sorte, Canotilho registra que, “o que há de novo [no referido trabalho] é a tentativa de introduzir *guide-lines* de boas práticas ou de *standards* possibilitadores de controlo e que primariamente dirão respeito aos mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de facto para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais.” O certo é que tudo isso pretende mostrar que “o direito constitucional como ciência de direcção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização. E não deixa de ser um bom “teste” à metodológica jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais.”²⁹

A partir daí, o que sustentamos é que para fazer frente à mediatização hipertrófica realizada pela economia por meio de seu código binário diferenciador (*ter/não-ter*), a constituição se apresenta como condição de possibilidade mediatizadora do código binário *inclusão-exclusão*, seja no momento da escolha dos conteúdos das decisões legislativas, executivas e judiciais, seja pelas mais variadas vias concretizadoras posta no cenário pelos mais variados agentes não-governamentais e privados. Noutras palavras, os direitos

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 10. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, pp. 10 – 11, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

fundamentais se apresentam mediatizados pelo código *inclusão/exclusão* como possibilidade de conhecimento a ensejar que a constituição conforme ou, se se preferir, direcione os conteúdos, na modernidade periférica, em prol da realização das promessas de modernidade não cumpridas.

Conclusão

Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio para um mundo globalizado.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des)ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na

expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck³⁰. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia³¹. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte-sul, oriente-ocidente, ricos-pobres, centro-periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Grã-Bretanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança? Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Alemanha, o Japão e já estamos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados?

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

³¹ Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Previdência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China, o certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia. A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo, que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático. A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder aos ajustes necessários nessa linha de fratura.

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na

sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais. E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código³², decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações inter-sistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global.

É sob tal contextura que a constituição dirigente assume nova feição ao conformar não apenas a atuação dos agentes públicos, mas igualmente dos agentes privados com a realização do projeto do Estado Democrático de Direito nos Estados da modernidade periférica que não lograram, ainda, ultrapassar o Estado de Bem-Estar-Social e apresentam, portanto, déficit de promessas de modernidade não implementadas.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.

³² Ver LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 660 – 661.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 2. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm

HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.