

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

Pluralismo Político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo *versus* Republicanismo

João Paulo Allain Teixeira

Tese de Doutorado
Área de Concentração: Direito Público

Recife
2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

Pluralismo Político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo *versus* Republicanismo

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

Área de Concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Recife
2005

João Paulo Allain Teixeira

Pluralismo Político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo *versus* Republicanismo

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

A banca composta pelos Profs. abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

Prof. Artur Stamford da Silva, Dr. UFPE
Julgamento: *Aprovado*

Assinatura:



Prof. Orides Mezzaroba, Dr. UFSC
Julgamento: *aprovado*

Assinatura:



Prof. Karl Heinz Efken, Dr. UNICAP
Julgamento: *aprovado*

Assinatura:



Prof. Gustavo Ferreira Santos, Dr. UFPE
Julgamento: *aprovado*

Assinatura:



Prof. Michel Zaidan, Dr. UFPE
Julgamento: *Aprovado*

Assinatura:



Recife, 23 de fevereiro de 2005

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa
Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE

TO POSTERITY

*Indeed I live in the dark ages!
A guileless word is an absurdity. A smooth
forehead betokens
A hard heart. He who laughs
Has not yet heard
The terrible tidings.*

*Ah, what an age it is
When to speak of trees is almost a crime
For it is a kind of silence about injustice!
And he who walks calmly across the street,
Is he not out of reach of his friends
In trouble?*

*It is true: I earn my living
But, believe me, it is only an accident.
Nothing that I do entitles me to eat my fill.
By chance I was spared. (If my luck leaves me
I am lost.)*

*They tell me: eat and drink. Be glad you have it!
But how can I eat and drink
When my food is snatched from the hungry
And my glass of water belongs to the thirsty?
And yet I eat and drink.*

*I would gladly be wise.
The old books tell us what wisdom is:
Avoid the strife of the world
Live out your little time
Fearing no one
Using no violence
Returning good for evil --
Not fulfillment of desire but forgetfulness
Passes for wisdom.
I can do none of this:
Indeed I live in the dark ages!*

*I came to the cities in a time of disorder
When hunger ruled.
I came among men in a time of uprising*

*And I revolted with them.
So the time passed away
Which on earth was given me.*

*I ate my food between massacres.
The shadow of murder lay upon my sleep.
And when I loved, I loved with indifference.
I looked upon nature with impatience.
So the time passed away
Which on earth was given me.*

*In my time streets led to the quicksand.
Speech betrayed me to the slaughterer.
There was little I could do. But without me
The rulers would have been more secure. This
was my hope.
So the time passed away
Which on earth was given me.*

*You, who shall emerge from the flood
In which we are sinking,
Think --
When you speak of our weaknesses,
Also of the dark time
That brought them forth.*

*For we went, changing our country more often
than our shoes.
In the class war, despairing
When there was only injustice and no resistance.*

*For we knew only too well:
Even the hatred of squalor
Makes the brow grow stern.
Even anger against injustice
Makes the voice grow harsh. Alas, we
Who wished to lay the foundations of kindness
Could not ourselves be kind.*

*But you, when at last it comes to pass
That man can help his fellow man,
Do not judge us
Too harshly.*

Bertold Brecht

Vamos celebrar a estupidez humana
A estupidez de todas as nações
O meu país e sua corja de assassinos
Covardes, esturpadores e ladroes
Vamos celebrar a estupidez do povo
Nossa polícia e televisão
Vamos celebrar o nosso governo
E nosso estado que não é nação

Celebrar a juventude sem escolas
As crianças mortas
Celebrar nossa desunião

Vamos celebrar Eros e Thanatus
Perséphone e Hades
Vamos celebrar nossa tristeza
Vamos celebrar nossa vaidade

Vamos comemorar como idiotas
A cada fevereiro e feriado
Todos os mortos nas estradas
E os mortos por falta de hospitais

Vamos celebrar nossa justiça
A ganância e a difamação
Vamos celebrar os preconceitos
E o voto dos analfabetos

Comemorar a água podre
Todos os impostos, queimadas, mentiras e
sequestros
Nosso castelo de cartas marcadas
O trabalho escravo e nosso pequeno universo

Toda a hipocrisia e toda a afetação
Todo o roubo e toda a indiferença
Vamos celebrar epidemias
É a festa da torcida campeã

Vamos celebrar a fome
Não ter a quem ouvir
Não se ter a quem amar

Vamos alimentar o que é maldade
Vamos machucar um coração
Vamos celebrar nossa bandeira
Nosso passado de absurdos gloriosos

Tudo o que é gratuito e feio
Tudo o que é normal

Vamos cantar juntos o hino nacional
(A lágrima é verdadeira)
Vamos celebrar nossa saudade
E comemorar a nossa solidão

Vamos festejar a inveja
A intolerância e a incompreensão
Vamos festejar a violência
E esquecer a nossa gente
Que trabalhou honestamente a vida inteira
E agora não tem mais direito a nada

Vamos celebrar a aberração
De toda nossa falta de bom senso

Nosso descaso por educação

Vamos celebrar o horror de tudo isso
Com festa, velório e caixão
Está tudo morto e enterrado agora
Já aqui também podemos celebrar
A estupidez de quem cantou essa canção

Venha, meu coração está com pressa
Quando a esperança está dispersa
Só a verdade me liberta
Chega de maldade e ilusão

Venha, o amor tem sempre a porta aberta
E vem chegando a primavera
Nosso futuro recomeça
Venha, que o que vem é perfeição

(Renato Russo. "Perfeição" in *O Descobrimento do Brasil*. Rio de Janeiro: EMI, 1993)

Temos o direito de sermos iguais sempre
que as diferenças nos inferiorizem;
Temos o direito de sermos diferentes sempre
que a igualdade nos descaracterize
(Boaventura de Sousa Santos)

Agradecimentos

A conclusão deste trabalho representa um esforço para o qual concorreram várias pessoas que acompanharam de perto o processo de elaboração e reflexão em torno do argumento do texto.. Sem a colaboração delas, não teria sido possível a sua conclusão. Estes agradecimentos se destinam a todos que de alguma forma contribuíram para o resultado final deste trabalho, e especificamente:

A Miriam de Sá Pereira e Ivânia de Barros Melo Dias;

A Erivaldo Cavalcanti, José Luiz Ratton, José Durval Lins, Fátima Falcão, Anamaria Campos Torres, Inah Moury Fernandes, Maria D’Lara Siqueira de Melo, companheiros da Faculdade de Direito de Olinda;

A Gustavo Ferreira Santos, José Mario Wanderley, Marcelo Labanca, Stefano Toscano, Ricardo Ribeiro, companheiros do grupo de pesquisa em direitos fundamentais da Universidade Católica de Pernambuco;

Aos amigos e eternos interlocutores, Artur Stamford e Alexandre da Maia;

Aos professores Bernardette Pedrosa, Marcelo Neves, João Maurício Adeodato, Nelson Saldanha, Eduardo Rabenhorst e Raymundo Juliano Feitosa;

A Antonieta Lynch, Larissa Leal, Catarina Oliveira, Graziela Bacchi Hora, Juliana Salazar e Ricardo Jorge Guedes;

Ao pessoal da pós graduação, Josina Sá Leitão, Carminha, Dona. Joanita,
e Wando.

Aos meus alunos, com quem sempre aprendo,

Obrigado.

RESUMO

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Pluralismo Político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo versus Republicanismo**. 2005. 183 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O presente trabalho tem como foco central o debate estabelecido entre liberais e republicanos. O tema tem como pano de fundo o contexto da crise da modernidade e da expansão do pluralismo e suas conseqüências para a democracia. Diante desse quadro, a questão que se põe é a de saber qual o papel da Constituição e qual a melhor forma de interpretá-la de modo a permitir uma adequada conformação das instituições democráticas com a pluralidade de valores e concepções de vida socialmente existentes. As recentes concepções liberais entendem que o ideal de justiça antecede qualquer concepção do bem, e por isso, uma sociedade democrática precisa ser configurada a partir deste pressuposto. Daí a preocupação com soluções universalmente válidas. Em campo oposto, os comunitaristas defendem a tese da contextualização histórica do indivíduo, sendo portanto impossível falar em democracia sem levar em consideração os aspectos relativos aos diferentes valores e concepções do bem partilhados pelos diferentes grupos sociais. A meio-caminho do liberalismo e do comunitarismo, apresenta-se a tese da democracia deliberativa, buscando combinar aspectos universalistas do liberalismo com aspectos relativistas do comunitarismo. Através deste modelo, a compreensão do papel da Constituição e também da hermenêutica constitucional adquire contornos significativamente importantes para a configuração de um modelo democrático. A interpretação da Constituição deve assim favorecer e proteger permanentemente os procedimentos nela inscritos como forma de comunicação entre o jogo político que se desenvolve na arena social e a sua representação jurídico-institucional. Isto permite que nenhum grupo (com suas respectivas opções de vida boa) possam ocupar permanentemente as funções estratégicas do Estado. A abertura procedimental e o permanente debate político caracterizam o regime democrático em uma sociedade complexa e pluralista contemporânea.

Palavras-chave: Hermenêutica – Liberalismo – Republicanismo – Procedimentalismo Democrático.

ABSTRACT

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Political Pluralism and Constitutional Jurisdiction: Democratic Procedimentalism as Hermeneutic Alternative for the Overcoming of the Dichotomy Liberalism versus Republicanism.** 2005. 183 f. Doctoral Thesis – Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The present text has as central focus the debate established between liberals and republicans. The subject has as deep cloth the context of the crisis of the modernity and the expansion of pluralism and its consequences for the democracy. Ahead of this picture, the question that is put is to know what is the role of the Constitution and what is the best form to interpret it in order to allow to an adequate conformation of the democratic institutions with the plurality of values and socially existing conceptions of life. The recent liberal conceptions understand that the conceptions of justice precedes any conception of the good, and therefore, a democratic society has to be configured concerning to this point of view. That's why liberals are concerned with universally valid solutions. In opposing field, the comunitarians defend the thesis of the historical contextualization of the individuals, being therefore impossible consider democracy without taking in consideration the relative aspects to the different shared values and conceptions of the good life by the different social groups. On the half-way of liberalism and comunitarism, we present the thesis of the deliberative democracy, looking forward to combine universalists aspects of liberalism with relativists aspects of the comunitarism. Through this model, the understanding of the role of the Constitution and also of the constitutional hermeneutics acquires significantly important contours for the configuration of a democratic model. The interpretation of the Constitution must thus favor and permanently protect the procedures in the enrolled ones as form of communication between the political activities that is developed in the social enclosure and its legal-institucional representation. This allows that no group (with its respective options of good life) can permanently occupy the strategical functions of the State. The procedural opening and the permanent political debate characterize the democratic system in a complex and pluralist contemporary society.

Key Words: Hermeneutics – Liberalism – Republicanism – Democratic Procedimentalism.

SUMÁRIO

I – Introdução.....	13
I.I - Delimitação do Tema.....	13
I. II - A Tese Proposta.....	16
I. III - Metodologia Utilizada.....	20
1 – O projeto da Modernidade e suas tensões internas.....	24
2 – O Estado nacional como indutor de consensos.....	45
3 – O problema do pluralismo e a tentação autoritária.....	59
4 – Constituição e dissenso no constitucionalismo democrático.....	65
5 – Democracia e Jurisdição Constitucional: Em busca de uma alternativa de modernidade.....	73
6- Liberdade dos Antigos <i>versus</i> Liberdade dos Modernos: Atualizando o debate.....	79
7 – A dicotomia liberalismo <i>versus</i> republicanismo.....	83
7.1 - O Republicanismo e a relevância da esfera pública.....	83
7.2 - O liberalismo e o paradigma da autonomia individual.....	91
8 – Uma Teoria da Justiça: A idéia de justiça como equidade.....	96
8.1 – Posição original e escolha racional: O véu de ignorância	98
8.2 - Os princípios de justiça.....	103

9 – O republicanismo comunitarista como crítica ao liberalismo: a questão da contextualização histórico-social	110
10 – A questão da primazia	118
11 – Constituição e hermenêutica: o papel do juiz constitucional.....	123
12 – O Enfoque da hermenêutica liberal.....	133
13 – O Enfoque da hermenêutica comunitária.....	140
14 – Para além da dicotomia liberalismo versus republicanismo: a alternativa do procedimentalismo democrático.....	146
14.1 - Ação comunicativa e democracia procedimental.....	146
14.2 – O modelo procedimental de interpretação da Constituição: elementos para uma hermenêutica democrática.....	154
Conclusão.....	164
Bibliografia.....	171

I - Introdução

I.I - Delimitação do Tema

Desde meados da década de 80, as transformações observadas no contexto sócio-político-econômico mundial têm determinado significativos impactos institucionais, provocando a rediscussão dos princípios que informam o projeto social e político da modernidade. Com efeito, o fim da guerra-fria e a expansão do mercado em escala global têm provocado uma profunda reflexão sobre o papel do Estado e das categorias a ele tradicionalmente vinculadas, tais como Soberania, Democracia, Cidadania e Constituição nesse momento de perplexidades.

Se no berço da modernidade o ideal de integração social como pressuposto da felicidade e do bem-estar pareciam objetivos fáceis de serem atingidos fosse através de vínculos tais como a nacionalidade, ou a cidadania, o que se observa hoje é uma certa dificuldade do Estado em manter a coesão através do recurso a estes velhos conceitos.

Na verdade, de modo geral, os Estados apresenta hoje na sua base social uma diversidade crescente, determinada pelo crescente individualismo e acirrada pela derrubada de fronteiras em um mundo globalizado, provocando como resultado uma fragmentação social com força cada vez mais destrutiva e desagregadora. Com efeito, para além das diferenças sociais, culturais, econômicas, religiosas e étnicas intrínsecas a qualquer formação social, correntes migratórias diversas, proporcionadas pela redução dos espaços entre os povos, proporciona um contato cada vez mais intenso entre pessoas com valores, crenças e concepções de mundo cada vez mais diferentes.

As sociedades contemporâneas são, pois, marcadas pela complexidade e pelo pluralismo (são multiculturais e multiétnicas). Isso traz à discussão a necessidade do estabelecimento de parâmetros político-institucionais que permitam a convivência entre as pessoas num ambiente marcado pela diferença¹.

¹ As diferenças se manifestam tanto entre os povos dos diversos Estados como dentro do povo de um mesmo Estado. Vale lembrar nesse sentido que a intolerância se manifesta com relação ao outro, aquele que é diferente. Nesse sentido, na realidade brasileira, são vítimas da intolerância grupos diversos tais como o índio, o negro, o nordestino.

É dentro desse contexto que orgulhos nacionais são afirmados com cada vez mais força, impulsionando a intolerância e fundamentalismos diversos, trazendo permanentes desafios à prática democrática.

Ainda que esta discussão tenha adquirido impulso naquelas sociedades do leste europeu e da América Latina, recém saídas de regimes autoritários, e ainda em processo de aprendizagem e consolidação democrática, o problema parece atingir indistintamente os países “centrais” e “periféricos”, em um processo de “periferização do centro”²

De certo modo, acreditou-se que o triunfo da ideologia liberal-democrática pudesse sepultar definitivamente os conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas, afastando-os para um passado cada vez mais distante. (Mouffe, 1999: 11) No entanto, é preciso considerar os limites de qualquer racionalidade³ sobre as paixões e emoções como forças capazes

² “O problema deixa de ser uma singularidade dos chamados ‘países periféricos’, em que o Estado democrático de direito, a rigor, nunca se realizou de maneira satisfatória, e estende-se aos ‘países centrais’, especialmente àqueles da América do Norte e da Europa ocidental desenvolvida, nos quais o modelo de Estado democrático de direito como Estado de bem-estar teve um êxito considerável. Nesse sentido, cabe falar mesmo de tendência a uma ‘periferização do centro’. Problemas sociais típicos que se relacionam com a ‘exclusão’ social tendem a se expandir em escala global, de tal maneira que mesmo a concepção do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial se torna questionável”. (Neves, 2001: 354)

³ Para uma discussão sobre a racionalidade moderna e seus impactos no direito e nas decisões judiciais, ver Teixeira 2002.

de operar significativas transformações sociais. (Mouffe, 1999: 11-12)

Por outro lado, o desaparecimento da oposição entre totalitarismo e democracia, binário que servia para distinguir quem era “amigo” e quem era “inimigo” leva a uma certa perplexidade e incerteza. Daí a necessidade de redefinição de uma “nova fronteira política” como forma de superação da crise estabelecida⁴.

I. II - A Tese Proposta

A partir de qual elemento é possível dar uma conformação de unidade ao grupo social? Qual a conformação político-social capaz de conferir uma unidade ao grupo? Quais são, pois os elementos que informam o pacto que viabiliza a

⁴ “A desapareção da oposição entre totalitarismo e democracia, que havia servido como principal fronteira política para discriminar entre amigo e inimigo, pode conduzir a uma profunda desestabilização das sociedades ocidentais. Com efeito, afeta o sentido mesmo da democracia, pois a identidade desta dependia em grande parte da diferença se havia estabelecido a respeito do outro que a negava. portanto, é urgente redefinir a identidade democrática e isso não pode ser feito senão através do estabelecimento de uma nova fronteira política” (Mouffe, 1999: 12).

convivência social? E no contexto da jurisdição constitucional, qual deve ser a preocupação central do magistrado? Deve a jurisdição constitucional se preocupar prioritariamente com a defesa das minorias, atuando contramajoritariamente, ou deve atuar como uma instância capaz de tutelar os valores éticos partilhados por uma sociedade politicamente organizada?

As respostas a estas perguntas estão muito longe de serem unânimes, havendo pois uma certa variedade de soluções possíveis para o problema. Trabalharemos aqui com duas matrizes, que enfrentando o problema apresentaram resultados distintos. A primeira matriz é dada pelo liberalismo, enfatizando o aspecto da autonomia moral do indivíduo como ser dotado de razão e capaz de buscar de modo uniforme os mesmos princípios de justiça em qualquer tempo e espaço. Tal concepção é formulada de modo mais perfeito e acabado por John Rawls, através da sua conhecida idéia de justiça como equidade. O liberalismo pretende estabelecer uma unidade a partir do referencial da autonomia individual. Na formulação Rawlsiana, haveria um certo consenso em torno dos princípios de justiça que devem informar a construção de uma sociedade.

A segunda matriz é apresentada pelo comunitarismo, herdeiro da tradição republicana, que ao contrário do liberalismo, rejeita as soluções universalistas antes pedindo atenção para os aspectos sócio-culturais particulares nos quais se inscreve o grupo humano, valorizando a sua contextualização histórica e a força de suas tradições.

Para a hermenêutica liberal, amparada em uma pretensão universalista, os mecanismos do *judicial review* voltados à proteção dos direitos individuais, são adequados à preservação do pluralismo, enquanto variedade de concepções individuais do bem. Para os comunitaristas de modo diverso, é impossível pretender engendrar critérios universalmente aceitos, já que a contextualização histórico-social dos diversos grupos sociais determinam a necessidade de soluções relativistas.

Como alternativa, apresentamos o modelo habermasiano que vê tanto na perspectiva liberal como na perspectiva comunitarista falhas na abordagem do problema, antes reclamando a necessidade de uma solução combinada entre as virtudes tanto do liberalismo como do comunitarismo. Assim, se por um lado, na tese liberal é acertada a defesa do espaço de realização dos projetos individuais, por outro lado o

comunitarismo acerta ao apontar a necessidade de mecanismos que permitam a coesão e cooperação do grupo. Com isso, Habermas estabelece uma síntese entre esfera pública e esfera privada, ancorando o consenso sobre a organização social numa perspectiva processualista fundada na ação comunicativa.

Assim, a tese proposta consiste em demonstrar a insuficiência da análise do problema da democracia em sociedades complexas em função do binômio liberalismo versus republicanismo (comunitarismo). Para superar este impasse, apresentamos como hipótese adequada o modelo habermasiano fundado na ação comunicativa, e no modelo de democracia deliberativa que promove uma interação bastante frutífera entre o universalismo liberal e o relativismo comunitarista.

Assim, o consenso em sociedades pluralistas, jamais pode ser dado definitivamente com respeito a conteúdos, os quais devem estar permanentemente abertos à modificação, como forma de afirmação do ideal democrático. Para que tal ocorra, porém, é preciso que exista um referencial hermenêutico adequado a essa tarefa. Um referencial

hermenêutico que enxergue a relevância dos procedimentos inscritos na Constituição como forma de manifestação tanto das maiorias quanto das minorias.

I.III - Metodologia Utilizada

Diante da natureza descritivo-conceitual do trabalho, que compreende a análise modelos teóricos aplicados ao referencial democrático em sociedades pluralistas e complexas, a tônica predominante é a da pesquisa bibliográfica.

O trabalho é dividido em doze capítulos entrelaçados na argumentação global do texto.

Em um primeiro momento, procuramos, a partir da análise das tensões inerentes ao projeto da Modernidade, discutir o problema do pluralismo nas sociedades contemporâneas, analisando as pressões sofridas pelo Estado e os desafios contemporâneos a que está submetido.

Partimos do referencial de organização político-institucional da Modernidade – o Estado, discutindo o papel da nacionalidade em um primeiro momento, e da cidadania em um segundo momento como forças capazes de promover a integração e a coesão social, discutindo os limites e possibilidades de ambos os conceitos.

Em seguida, nos propomos a discutir os dois modelos de organização social em questão. O republicanismo comunitário e o liberalismo. Para tanto cuidamos de discutir os fundamentos e propostas do modelo republicano, inspirado na práxis da democracia na antiga Grécia e mais recentemente ressuscitada no renascimento com as experiências italianas.

Tratamos ainda do ideal liberal, discutindo a sua aplicabilidade nas sociedades pluralistas contemporâneas. A referência principal para essa tarefa é fornecida pela formulação teórica de John Rawls, a mais recente grande teoria liberal, e possivelmente uma das mais debatidas da atualidade.

Este debate é encerrado com a proposta habermasiana de refundação da dicotomia liberalismo *versus* republicanismo,

articulando os dois pólos de forma a encontrar uma relação de complementaridade recíproca.

A discussão que encerra o trabalho é aquela que se preocupa com o papel da Constituição e sua interpretação em sociedades pluralistas. Assim, busca-se responder às seguintes indagações: O que representa a Constituição em sociedades pluralistas? Que tipo de consenso é estabelecido em sua base? E como deve ser a interpretação da Constituição nesse contexto?

Como observação preliminar fica a idéia segundo a qual a Constituição é responsável pelo estabelecimento de um consenso procedimental mínimo. Com efeito, a Constituição estabelecendo procedimentos, tais como o procedimento eleitoral, administrativo e judicial, funciona como um filtro atuando entre o nível da pluralidade social e o nível das instituições, sendo a sua interpretação objeto de constantes controvérsias.

Através do modelo de democracia procedimental, a compreensão do papel da Constituição e também da hermenêutica constitucional adquire contornos significativamente importantes para a configuração de um

modelo democrático. A interpretação da Constituição deve assim favorecer e proteger permanentemente os procedimentos nela inscritos como forma de comunicação entre o jogo político que se desenvolve na arena social e a sua representação jurídico-institucional. Isto permite que nenhum grupo (com suas respectivas opções de vida boa) possam ocupar permanentemente as funções estratégicas do Estado. A abertura procedimental e o permanente debate político caracterizam o regime democrático em uma sociedade complexa e pluralista contemporânea.

1– O Projeto da Modernidade e suas Tensões Internas

Corresponde ao conceito de modernidade, o processo de racionalização social experimentado pelas sociedades ocidentais de forma generalizada, principalmente a partir do século XVIII. Fruto da contribuição dos pensamento iluminista e tendo como principal palco experimental as transformações ocorridas com a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, a idéia de modernidade marcou decisivamente um novo modo de vida. Um dos principais argumentos da modernidade refere-se à crença na universalidade e na igualdade da razão humana. (Alves, 2002: 22)

A idéia de modernidade corresponde a um processo de racionalização experimentada por amplos setores da vida social⁵. O projeto da modernidade acena com a razão como

⁵ Para Josetxo Beriain, o processo da modernidade apresenta algumas características, a saber: “ 1 - como resultado do processo de racionalização de estruturas de consciência, chamado ‘desencantamento do mundo’ por M.Weber, a religião se privatiza e especializa sua mensagem; 2 -

forma de ser atingida a felicidade. Como forma de substituição da fundamentação divina da existência social, a modernidade propõe a explicação do mundo através dos princípios da razão.

É que os filósofos do iluminismo acreditavam que as artes e as ciências poderiam promover não apenas o controle das forças da natureza, mas sobretudo a compreensão do mundo e do indivíduo, o progresso moral, a justiça das instituições e a felicidade geral dos homens (Habermas, 1996: 138)

O projeto da modernidade porém, traz em seu próprio interior uma grande tensão, já que ela nasceu a partir da

o surgimento de territorialidades ou identidades coletivas estado-nacionais; 3 - a separação da propriedade em relação às responsabilidades religiosas, políticas, e a emergência do espaço social do mercado e o sistema capitalista baseados na aceitabilidade da perseguição individual do lucro; 4 - a separação entre a indústria e a economia doméstica e a 'organização racional capitalista do trabalho formalmente livre'; 5 - uma nova ênfase sobre o indivíduo; 6 - e, ao mesmo tempo, o surgimento de tecnologias sociais para os controles afetivos; 7 - a aprovação da 'curiosidade' como motivo legítimo para perseguição do conhecimento; e a especialização da ciência sobre a base de rigorosas técnicas quantitativo-hipotético-experimentais; 8 - a separação da arte em relação a funções cívicas e religiosas; 9 - a imposição de limitações constitucionais sobre o exercício do poder político; e ultimamente a 'inclusão' da totalidade da população adulta em procedimentos eleitorais; 10 - uma separação dos fundamentos do matrimônio de considerações religiosas e políticas em direção ao amor romântico ou passional e em direção à eleição pessoal; e um encolhimento da unidade de parentesco básica que tende para a família pequena, nuclear, e crescentemente unigeracional; 11 - o nascimento da escolarização universal laica e publicamente obrigatória; 12 - a positivação do direito ou a mudança na base da legalidade, passando de 'direito natural' aos procedimentos formais para mudar os códigos legais de uma maneira ordenada; 13 - uma separação entre a esfera da moralidade e a esfera da legalidade; 14 - a expansão simultânea das esferas pública e privada, delimitando espaços sociais diferenciados" (Beriaín, 1997)

negação de tudo o que até então havia sido estabelecido como verdade inquestionável.

Até chegar a esse ponto, foi necessário o desenvolvimento de um processo que fosse capaz de colocar em segundo plano as estruturas de dominação fundados em uma suposta delegação divina. A vitória da razão sobre a fé significava a libertação do homem das limitações impostas pela natureza:

antes considerada a materialização de planos traçados na mente do Criador, a história passou a ser concebida como um processo racional através do qual o homem escapava – ou escaparia – das amarras da servidão e dos limites impostos pela natureza, num movimento gradual de progresso em direção à emancipação da ignorância, da opressão e da miséria (Alves, 2002: 22).

Contrastando-se o pensamento moderno presente nos textos de seus fundadores com com o pensamento pré-moderno, observa-se uma nítida oposição ao pensamento religioso. Daí ser a modernidade marcada pelas características

da secularização, o desencantamento, e o humanismo (Alves, 2002: 23).

Como percebe Marcelo Galuppo, a modernidade caracteriza-se por um processo de “descentramento”. Se antes, a conduta dos indivíduos era referida a determinados “centros orientadores”, a modernidade desloca os antigos centros para a subjetividade do próprio indivíduo⁶.

Conforme Alves,

ao salientar a posição do homem universal e autônomo como sujeito de direitos inatos e irrevogáveis (ainda que historicamente conquistados), acima das obrigações tradicionais dos súditos para com

⁶ Neste sentido, são esclarecedoras as considerações de Galuppo ao lembrar que “até o século XV, a vida era orientada por referenciais tidos como evidentes, que podemos chamar de **centros**. Toda vez que houvesse uma dúvida sobre o agir correto, bastava perguntar que referências objetivas eram dadas pelo centro para a ação, ou seja, bastava verificar qual era a ação normal e costumeira institucionalizada pela tradição. Ocorre que a modernidade se constituiu pela dissolução progressiva desses centros.... Em primeiro lugar, a **Terra** era um centro evidente para a ação. O fato de ela ocupar o centro do universo indicava a existência não apenas de uma cosmologia, mas também uma antropologia especial. Nós ocupávamos o centro de um universo criado, não só física, mas também espiritualmente. Com a **Revolução Científica**, perdemos o nosso lugar no centro do universo: quando o homem olha para o céu com uma nova perspectiva, não só o modelo cosmológico, como também da metafísica e da ética aristotélica, entram em crise: não somente estamos fora do centro do universo, como também os conceitos aristotélicos em que o modelo ptolomaico se baseava eram (cientificamente) incorretos. Em segundo lugar, a Europa era no contexto antigo-medieval, o centro do mundo. Com as Grandes Navegações, o homem descobre, ao contrário, que o mundo não tem um centro, seja ele físico, seja ele cultural. Finalmente, depois que a Terra como centro e a Europa como centro não mais existiam, a **Igreja Católica Apostólica Romana** ainda subsistia como centro. Ora, com a Reforma Protestante, este último centro acaba por ruir: os protestantes não reconheciam mais a autoridade dos oficiais da Igreja, razão pela qual foi necessário criar-se o Direito Internacional como instância não religiosa de solução de conflitos na ordem internacional.” (Galuppo, 2004: 342-343 Grifos do autor)

seu monarca, a modernidade ressaltou o papel do indivíduo ele era, em qualquer circunstância, um sujeito livre, dotado por Deus ou pela natureza de plena capacidade para o conhecimento do real, não obstante os constrangimentos políticos que pudessem dificultar suas ações. Seu instrumento era a razão, atributo ontológico fundamental de todos, sumariado na célebre fórmula Cartesiana *Cogito, ergo sum*. (Alves, 2002: 23).

Neste sentido,

em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o estado-nação e a produção capitalista sistemática. (Giddens, 1991:173)

Para Boaventura de Sousa Santos, a dinâmica instaurada pela modernidade pode ser explicada a partir da tensão entre regulação e emancipação. Assim, a modernidade traz insculpida em seu projeto originário uma tensão entre duas forças distintas: a força da regulação e a força da emancipação. Ocorre que o desenvolvimento histórico da

modernidade acabou por determinar a eliminação desta tensão, através de um processo de “canibalização da emancipação social por parte da regulação social” (Sousa Santos, 2000: 120)

Ainda é Boaventura de Sousa Santos quem considera que

o paradigma da modernidade é um projecto ambicioso e revolucionário, mas é também um projecto com contradições internas. Por um lado, a envergadura das suas propostas abre um vasto horizonte à inovação social e cultural; por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja nuns casos excessivos e noutros insuficiente. Tanto os excessos como os défices estão inscritos na matriz paradigmática. O paradigma da modernidade pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivamente pela completa racionalização da vida colectiva e individual. Esta dupla vinculação – entre os dois pilares, e entre eles e a práxis social – vai garantir a harmonização de valores sociais potencialmente incompatíveis, tais como justiça e autonomia, solidariedade

e identidade, igualdade e liberdade (Sousa Santos, 2000: 50).

E continua:

Olhando para trás, é fácil concluir que a ousadia de um propósito tão vasto contém em si a semente do seu próprio fracasso: promessas incumpridas e défices irremediáveis. Cada um dos pilares, e porque ambos assentam em princípios abstractos, tende a maximizar o seu potencial próprio, quer pela maximização da regulação, quer pela maximização da emancipação, prejudicando assim, o êxito de qualquer estratégia de compromissos pragmáticos entre ambos. Para além disso, os referidos pilares assentam em princípios independentes e dotados de diferenciação funcional, cada um dos quais tende a desenvolver uma vocação maximalista: no lado da regulação, a maximização do Estado, a maximização do mercado ou a maximização da comunidade; no lado da emancipação, a esteticização, a cientificização ou a juridicização da práxis social. (Sousa Santos: 2000: 50-51)

Não foi preciso muito tempo para que as tensões inerentes ao projeto da modernidade se tornassem evidentes,

demonstrando que os ideais de racionalidade e liberdade poderiam não ser alcançados na amplitude pretendida:

Desde o início que se previra a possibilidade de virem a surgir excessos e défices, mas tanto uns como outros foram concebidos de forma reconstrutiva: os excessos foram considerados como desvios fortuitos e os défices como deficiência temporárias, qualquer deles resolúvel através de uma maior e melhor utilização dos crescentes recursos materiais, intelectuais e institucionais da modernidade. Essa gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices foi progressivamente confiada à ciência e, de forma subordinada, embora também determinante, ao direito. Promovidos pela rápida conversão da ciência em força produtiva, os critérios científicos de eficiência e eficácia logo se tornaram hegemônicos, ao ponto de colonizarem gradualmente os critérios racionais das outras lógicas emancipatórias. (Sousa Santos, 2000: 51)

Assim, é correto o entendimento de Anthony Giddens, para quem

a modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenómeno de dois gumes. O

desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual. (Giddens, 1991: 16)

Continua Giddens:

para dar um exemplo, todos os três autores [Marx, Durkheim e Weber] viram que o trabalho industrial moderno tinha consequências degradantes, submetendo muito seres humanos à disciplina de um labor maçante, repetitivo. Mas não se chegou a prever que o desenvolvimento das “forças de produção” teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material. Preocupações ecológicas nunca tiveram muito espaço nas tradições de pensamento incorporadas na sociologia, e não é surpreendente que os sociólogos hoje encontrem dificuldade em desenvolver uma avaliação sistemática delas (Giddens, 1991:17).

Certo é que o ideal da modernidade traz em seu bojo uma clara perspectiva de felicidade e bem-estar, como se o a felicidade pudesse ser alcançada através dela. Com efeito, no campo político, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade acenavam com amplas possibilidades de satisfação pessoal. O que se observa entretanto, é uma certa incapacidade da modernidade de lidar com os fracassos das suas promessas, o que de certo modo despertam desconforto e indignação⁷.

⁷ Para Boaventura de Sousa Santos, “Não parece que faltem no mundo de hoje situações ou condições que nos suscitem desconforto ou indignação e nos produzam inconformismo. Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos. No que respeita à promessa da igualdade os países capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida. Os trabalhadores do Terceiro Mundo do sector têxtil ou da electrónica ganham 20 vezes menos que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas e com a mesma produtividade. Desde que a crise da dívida rebentou no início da década de 80, os países devedores do Terceiro Mundo têm vindo a contribuir em termos líquidos para a riqueza dos países desenvolvidos pagando a estes em média por ano mais 30 bilhões de dólares do que o que receberam em novos empréstimos. No mesmo período a alimentação disponível nos países do Terceiro Mundo foi reduzida em cerca de 30%. No entanto só a área de produção de soja no Brasil daria para alimentar 40 milhões de pessoas se nela fossem cultivados milho e feijão. Mais pessoas morreram de fome no nosso século que em qualquer dos séculos precedentes. A distância entre países ricos e países pobres e entre ricos e pobres no mesmo país não tem cessado de aumentar. No que respeita à promessa da liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras. Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativeiro na Índia; a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela, enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os meninos de rua, os milhões de vítimas de minas antipessoais, a discriminação contra os toxicod dependentes, os portadores de HIV ou os homossexuais, o julgamento de cidadãos por juizes sem rosto na Colômbia e no Peru, as limpezas étnicas e o chauvinismo religioso são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade. No que respeita à promessa da paz perpétua que Kant tão eloqüentemente formulou, enquanto no século XVIII morreram 4,4 milhões de pessoas em 68 guerras, no nosso século morreram 99 milhões de pessoas em 237 guerras. Entre o século XVIII e o século XX a população mundial aumentou 3,6

As dificuldades a serem enfrentadas pelo ideal da modernidade se tornaram mais claras a partir do século XIX a partir do desenvolvimento do pensamento social, o qual procurou conciliar a idéia de liberdade com o real estado de servidão a que estava submetida parcela significativa da população mundial:

A mais conseqüente de todas essas interpretações com sentido liberatório, que via as restrições concretas à liberdade humana surgirem das condições econômicas, foi o marxismo. Arraigadamente moderno, na tradição iluminista, todo o sistema marxista também encarava a história como um processo racional de emancipação do qual o homem era o sujeito – não na qualidade de indivíduo atomizado, mas de membro consciente de uma classe, o proletariado. O objetivo teleológico do marxismo era, portanto, o de quebrar as

vezes, enquanto os mortos na guerra aumentaram 22,4 vezes. Depois da queda do muro de Berlim e do fim da guerra fria, a paz que muitos finalmente julgaram possível tornou-se uma cruel miragem em face do aumento nos últimos 6 anos dos conflitos entre Estados e sobretudo dos conflitos no interior dos Estados. Finalmente, a promessa da dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza da crise ecológica. Apenas dois exemplos. Nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço de sua cobertura florestal. Apesar de a floresta tropical fornecer 42% da biomassa vegetal e do oxigênio, 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente. As empresas multinacionais detêm hoje direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica. A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso a água potável.” (Sousa Santos, 2000: 23-24).

cadeias da servidão material humana por meio de rupturas revolucionárias, inevitavelmente violentas, com vistas a acelerar a resolução das contradições econômicas e a fazer com que o homem atingisse o reino da liberdade na Terra – ao qual ele já estaria predestinado pelas forças dialéticas da história. (Alves, 2002: 23-24).

Da mesma forma, atribui-se ao desenvolvimento da psicanálise com Sigmund Freud um profundo questionamento do indivíduo como senhor da sua razão. Com efeito, o desenvolvimento da psicanálise deixou claro que as pessoas estão em alguma medida submetidas ao próprio inconsciente, sobre o qual não se têm absoluto controle. Tais descobertas associadas a estudos lingüísticos posteriores puseram em dúvida a concepção segundo a qual o homem é o senhor da sua própria história e da História em geral. (Alves, 2002: 24).

A idéia que daí se desenvolveu acabou por colocar em questão o ideal iluminista de que o homem era um ser universal e igual. Do mesmo modo, a história não poderia ser concebida

numa totalidade, um contínuo de progresso ou formas sucessivas de desenvolvimento dialético, mas sim como um caleidoscópio de ocorrências contingentes que modelam, desenvolvem e substituem diferentes formações de discurso. (Alves, 2002: 24).

Contribuiu decisivamente para alcançar tal objetivo, o grupo de pensadores franceses integrado por nomes como Jacques Lacan, Giles Deleuze, Jacques Derrida e Jean-François Lyotard, que

formularam denúncias às opressões dissimuladas que entreviam no discurso da modernidade, contribuindo assim, voluntária ou involuntariamente, para a emergência da noção de que o processo do Iluminismo como movimento emancipador estaria superado (Alves, 2002: 25).

A constatação usual é aquela que entende com Giddens, que o

mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição

de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura. A perda da crença no “progresso”, é claro, é um dos fatores que fundamentam a dissolução de “narrativas” da história. Há, aqui, entretanto, muito mais em jogo do que a conclusão de que a história “vai a lugar nenhum”. Temos que desenvolver uma análise institucional do caráter de dois gumes da modernidade. Fazendo-o, devemos corroborar algumas das limitações de perspectivas sociológicas clássicas, limitações que continuam a afetar o pensamento sociológico nos dias de hoje. (Giddens, 1991:19)

Assim, desde o advento do Estado liberal, a emergente classe burguesa gozou de privilégios que permitiram a afirmação dos direitos individuais e o progressivo desenvolvimento da atividade econômica. É que estruturado a partir da proteção de direitos tais como a propriedade, a liberdade, e a intimidade, o ambiente era extremamente propício ao desenvolvimento do capitalismo. A lógica liberal permitiu o industrialismo e a produção de bens em larga escala. É claro que a tensão entre capital e trabalho não tardou a se manifestar com grande intensidade.

As contradições proporcionadas pela estruturação liberal do Estado permitiram a configuração de um quadro de crise institucional, cuja superação só seria possível se fossem incorporadas à retórica estatal um rol de preocupações que fossem capazes de proporcionar bem estar social.

Na verdade, até o advento do Estado intervencionista, as atribuições do Estado consistiam fundamentalmente em produzir o direito e proporcionar segurança. Com isso, ao Estado não era dada a prerrogativa de interferir na economia, que assim, obedecia a uma ‘ordem natural’ (Grau, 1997:14)

Mas como explica Eros Grau, “A afirmação, todavia, de que até o momento neo-concorrencial ou intervencionista estava atribuída ao Estado a função de produção do direito e segurança – bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. Atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu. Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas

políticas. De resto, ainda ao tempo do liberalismo era o Estado, seguidas vezes, no interesse do capital, chamado a “intervir” na economia”. (Grau, 1997:14-15)

Mas a fragilidade do liberalismo para lidar com questões sociais, e bem assim, as deficiências na auto-regulação dos mercados levaram o Estado a assumir um novo papel. De espectador, passa a agente regulador da economia, atuando efetivamente no domínio econômico e sobre o domínio econômico⁸.

Durante este processo, ao contrário do que pode parecer, não ocorrem mudanças significativas no que se refere ao modo de produção que informa a configuração político-institucional da sociedade. Como esclarece Grau,

no exercício da função de legitimação o Estado, promovendo a mediação de conflitos de classe, dá sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e, ademais,

⁸ A distinção entre intervenção no domínio econômico e sobre o domínio econômico é particularmente significativa para compreender como o Estado Social atua. Intervindo no domínio econômico, o Estado coloca-se no mesmo plano que os particulares, atuando no mercado e competindo com os particulares com o objetivo de proporcionar a regulação do mercado; intervindo sobre o domínio econômico, o Estado permanece na condição de soberano, estimulando determinadas atividades que lhe pareçam relevantes, através de políticas tais como incentivos fiscais e outras vantagens capazes de atrair o setor privado.

fragmentada em grupos de interesses adversos, promove – e o direito positivo é o instrumento primordial dessa promoção – o que tenho referido como a transformação da luta social em jogo. (Grau, 1997:23-24)

Desse modo, atuando como mediador dos conflitos sociais, o Estado promove a permanência e legitimação da lógica capitalista, unificando uma sociedade fragmentada e dividida em diferentes classes (Grau, 1997:23-24).

Com isso, “no desempenho do seu novo papel, o Estado ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista”.(Grau, 1997:28)

É certo perceber que

o sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição ‘progressista’. Justamente no ser ‘progressista’ é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da ‘ordem capitalista’, mas conferirá

operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes. (Grau, 1997:28-29)

Mas como explica Grau,

essa atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico. (Grau, 1997:28)

Assim, o que acontece é uma mudança institucional de limitada magnitude, já que o modo de produção capitalista permanece nos fundamentos da organização político-institucional.

Algo de novo porém, acontece:

‘... o capitalismo modernizado - ‘progressista’ – promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa. O crescimento populacional implica a ocupação dos

espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta. ... A energia que vem da densidade populacional, estranhamente, afasta os homens uns dos outros, não os fraterniza. (Grau,1997: 29)

Assim, tem-se observado que desde o final da década de 80, vem ocorrendo mudanças significativas no contexto social mundial, a que alguns autores vem se referindo como “dissolução da modernidade”. (Thielen, 1998:19)

Este processo tem como causa mais evidente um processo de transformação sofrido pela economia capitalista em que se verifica uma “passagem da exploração integrativa à excludente incapacidade de exploração da mão-de-obra” (Thielen, 1998:19). Como consequência, verifica-se o predomínio dos princípios que informam o Mercado e a diminuição da força do Estado como instância reguladora.

Como explica José Eduardo Faria,

... vivencia-se um quadro de crise do Estado-nação, em

decorrência do avanço das forças do mercado diante da impotência dos poderes públicos em controlá-las. Com isso, percebemos um claro refluxo do constitucionalismo e a emergência da lógica do direito privado a informar as relações sociais. Os valores do individualismo se sobrepõem aos valores da solidariedade em um verdadeiro processo de destruição das bases do contrato social. Transferem-se para a esfera privada significativa parcela dos serviços essenciais proporcionados pelo Estado. As relações súdito / Estado, que fundamentam a cidadania são substituídas por relações de consumo” (Faria, 1996).

Com isso, aponta-se o processo de destruição da política pelo Mercado comprometendo a realização da cidadania e da democracia em sociedades estatalmente organizadas⁹.

⁹ Como explica Helmut Thielen “Nas próprias metrópoles capitalistas desaparece o poder de regulação econômica e sócio-política da crise econômica e da desigualdade social. Em vez disso, crescem a crise econômica, a miséria social, que se conectam com a miséria psíquica que vem de longa data, e finalmente a destruição da natureza, não sendo mais delimitadas e niveladas por um adequado comando político”. (Thielen, 1998) Em outra passagem: “A incapacidade do neocapitalismo para a exploração tem, como consequência, o fim do capitalismo social e do bem-estar e o surgimento de novas formas de pobreza também, nas metrópoles capitalistas. A rede institucional do Estado Social e a política econômica e social keynesiana tendem a desaparecer. Os partidos reformistas e os sindicatos social-democráticos e socialistas da Europa Ocidental, sobretudo da Alemanha, desmoronam devido às suas estruturas internas não democráticas e sim burocráticas, à perda de seus associados e eleitores, em consequência da sua despolitização, individualização e desemprego, bem como devido à mudança radical da práxis e do conteúdo programático na própria política destas organizações. Com ajuda das próprias organizações da reforma social, a conservação e a ampliação do Estado Social são substituídas pela participação retardada e recuperada destas organizações na sua destruição do Estado Social, no fomento político para o capital e na construção e implantação dos aparatos policial-militares de segurança, para dentro e para fora de si mesmos (Thielen, 1998:27)

No âmbito dos países periféricos, a situação mostra-se ainda mais delicada, já que a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais depende decisivamente da ação estatal e da implementação de políticas públicas capazes de promover o desenvolvimento social. Assim, o Estado se vê em uma situação de “autonomia negativa e crescente dependência”, pois com grande frequência a implementação de suas políticas depende de aproximações nem sempre democráticas com as forças que orientam o Mercado¹⁰.

¹⁰ Na análise de Helmut Thielen, “Todos estes desenvolvimentos têm por causa o fato de que irrecusáveis pressupostos de uma política de reformas sociais e ecológicas não eram eternas no âmbito do capitalismo, mas historicamente variáveis e dependentes da dinâmica do capital. Com as mudanças históricas ocorridas nos últimos anos, estes pressupostos desapareceram irrecuperavelmente”. (Thielen, 1998:27) “Economicamente, a base da reprodução reformista da força de trabalho consistiu na exploração das riquezas naturais e do trabalho no ‘Terceiro Mundo’, bem como a produção laboriosamente intensiva (fordista) de bens de consumo nas grandes metrópoles. Essencialmente, o Estado Social se baseava na redução de crises e no nivelamento social, através de uma política econômica, financiada pelo endividamento. Agora ele desaparece por falta de fontes de financiamento, mas não é só isso. O Estado Social não é mais financiável, porque sua reduzida arrecadação deve agora ser, cada vez mais empregada para pagar os juros e as amortizações dos débitos. Politicamente, a imagem real de um capitalismo que se autocorrige mediante uma política reformista – o chamado Estado Social – constitui-se através duma dupla rejeição. Ele se direcionou contra a alternativa interna socioestrutural por uma constituição revolucionária duma sociedade não-capitalista (cf. A situação revolucionária de partes da Europa no pós-Segunda Guerra Mundial) e contra a concorrência do assim chamado ‘socialismo real’, quer dizer: das sociedades orientais classistas do tipo estatismo de centralização burocrática. Com a derrota da concorrência externa, e com a superação aparentemente plena da alternativa revolucionária interna (através do fascismo e de suas repercussões na democracia, também pelo próprio Estado Social e a indústria cultural da formação conformista da consciência), acabam, ao mesmo tempo e irrecuperavelmente, os decisivos pressupostos políticos do reformismo clássico. Capital e classe dominante já não vêm agora motivos internos nem externos para ulteriores compromissos, na forma de uma política de reforma social e ecológica” (Thielen, 1998:28)

Para Eros Grau, “o neoliberalismo é fundamentalmente anti-social, gerando consequências que unicamente as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural na Comunidade Européia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindustrialização. Os Estados nacionais, cujas dívidas explodem, “uma vez que seus títulos públicos alimentam o capital a juros globalizado”, entram em situação de falência fiscal. Voltando os olhos para a nossa realidade verificamos que, ainda que a economia se recupere – o que é duvidoso, dado que a estabilidade monetária não é, por si, expressiva de recuperação econômica –, o social piora.” (Grau, 1997: 38)

2 – O Estado Nacional como indutor de consensos

O processo de racionalização da vida em sociedade, traz como proposta de organização política e social por excelência

a figura do Estado. Até demonstrar as suas limitações e entrar em crise, o Estado vinha sendo a arena por excelência onde os problemas decorrentes das diversidades sociais eram solucionadas, promovendo a pacificação do grupo. Com sua proposta de solução para os problemas de convivência, o Estado estabeleceu padrões de homogeneização através da idéia de identidade nacional, fechando em seu território o grupo em questão.

É certo que o Estado é produto de um processo de amadurecimento institucional relativamente longo, sendo espécie do gênero das organizações político-sociais¹¹. Por Estado moderno devemos entender a forma de estruturação política surgida na Europa durante os séculos XV, XVI e XVII sucessora das estruturas medievais. Sob esta denominação abrigam-se três fases distintas: o Estado absolutista, o Estado liberal e o Estado social. (cf. Saldanha, 1987:5).

¹¹ Se por um lado, o Estado é a forma modelar de organização política e social que caracteriza a Modernidade, não parece acertado considerar que antes da Modernidade não existiram outras formas de organização política e social. Nesse sentido, é válido destacar as experiências das primeiras comunidades tribais que marcaram as épocas primitivas, bem como a organização do poder em torno das Cidades-Estado que marcaram a experiência antiga. No mesmo processo evolutivo, é importante destacar que as relações de suserania e vassalagem que marcaram o feudalismo medieval desempenharam importante papel no que se refere aos diferentes modelos de manifestação do poder ao longo da história. A partir do declínio do feudalismo, e a progressiva concentração do poder nas mãos do Monarca, começou a se desenvolver a noção moderna de Estado.

O Estado absolutista foi o marco inicial da formação do Estado moderno. Tem como características principais a circunscrição territorial correspondente a um espaço nacional, uma base nacional estável, uma ordenação administrativa unificada e um poder soberano e unitário (cf. Saldanha, 1987:16). Sobre esta nova forma de organização política repousam os fundamentos da moderna Teoria do Estado, com os seus elementos constitutivos já delineados e com o poder qualificado como supremo.

O Estado organiza-se caracteristicamente em torno dos chamados elementos constitutivos¹² entendendo-se por Estado, aquela forma de poder cuja expressão soberana se manifesta tanto interna, quanto externamente, exercendo-se em um espaço delimitado, a configurar o seu território, bem como referindo-se a um grupo social específico, o seu povo.

Ainda que seja possível admitir com alguns autores que os primeiros Estados surgidos na modernidade tiveram sua principal expressão sob a forma de Estados Absolutos¹³, o

¹² São elementos constitutivos do Estado, o elemento humano (povo), o elemento espacial (território) e o elemento formal (governo qualificado pela Soberania)

¹³ Entende Nelson Saldanha que o Estado Absoluto é a primeira manifestação estatal conhecida pela modernidade (Saldanha, 1987: 12). Nesse sentido, em tal modelo de Estado é possível perceber, além dos clássicos elementos constitutivos (elemento humano - povo, elemento espacial

modelo que o notabilizou na era moderna, foi sem dúvida aquele modelo de inspiração liberal, filho das revoluções burguesas ocorridas nos Estados Unidos e na Europa a partir do final do século XVIII. Tais revoluções acabaram por determinar a imposição definitiva do modelo de organização estatal, espalhando-se a partir daí por todo o mundo. (Habermas, 2002:121)

Analisando o processo de formação do Estado moderno, Jurgen Habermas destaca a existência de uma certa variedade de processos que culminaram pela adoção do modelo em tela. Na verdade, nem todos os Estados obedeceram ao mesmo processo no caminho de sua formação: As clássicas Nações-Estado no norte e oeste europeus, originaram-se a partir do quadro definido pela Paz de Westfália de 1648¹⁴, que havia definido uma certa unidade territorial. De modo diverso, o padrão adotado em boa parte da Europa Central e Oriental foi distinto, sendo o produto da crescente disseminação de uma

- território e elemento formal – governo soberano) uma clara estrutura burocrática, e um exército, comandados pelo Monarca. (Saldanha, 1987: 16) Como momento pré-constitucional, difere do modelo liberal clássico pela inexistência de direitos oponíveis ao Estado, e pela presunção intransponível de que o Rei não erra, traduzida pela máxima “*The King can do no Wrong*”.

¹⁴ A Paz de Westfália marcou o fim da Guerra dos 30 anos, considerada por muitos historiadores como a primeira Guerra mundial, resultando em um arranjo geopolítico que permitiu o desenvolvimento do Estado Moderno.

consciência nacional, tal como ocorreu com Itália e Alemanha. Observe-se nesse sentido, a existência de dois movimentos opostos: enquanto no primeiro modelo, pretendeu-se partir do Estado para a nação, o segundo modelo apostou no inverso. Partindo-se de uma consciência nacional, pretendeu-se organizar as estruturas estatais. Os agentes que protagonizaram este movimento foram, no primeiro caso, juristas, diplomatas e militares que, estando próximos ao Rei, projetaram um modelo racional de exercício do poder através do Estado. No segundo caso, jogaram papel decisivo, escritores intelectuais e eruditos, que trataram de disseminar um ideal unificador no meio social. Habermas aponta ainda uma terceira geração de Estados-nacionais, surgidos com o fim da segunda grande guerra, e sendo o resultado da intensificação do processo de descolonização. Como explica Habermas,

Não raro, esses Estados fundados nos limites do domínio colonial precedente já reclamavam soberania antes mesmo que as formas de organização estatais impostas pudessem lançar raízes sobre o substrato de uma nação – que ultrapassava os limites tribais. Nesses casos, Estados

artificiais tiveram de ser ‘preenchidos’ com nações que iam crescendo posteriormente. Por fim, a tendência à formação de Estados nacionais independentes continuou na Europa Oriental e meridional, após o colapso da União Soviética, na trilha de secessões mais ou menos violentas; na situação social e econômica precária desses países, os velhos apelos etnonacionais foram suficientes para mobilizar populações vacilantes de modo que assumissem a luta pela independência (Habermas, 2002, 121-122)

No âmbito do elemento humano do Estado, a coesão do grupo seria possível através da consolidação de uma consciência nacional, em que todas as pessoas, desde que partilhassem os mesmos traços culturais, tais como mesma origem, mesma raça, mesma religião e mesma língua, seriam organizadas no Estado Nacional¹⁵.

¹⁵ É interessante refazer o percurso histórico que antecede o desenvolvimento da idéia de nação como poderosa força de coesão, através da operação no nível da consciência das pessoas. Com efeito, apelando a elementos nitidamente psicológico-culturais, o ideal do Estado Nacional durante muito tempo seduziu significativas parcelas da população mundial. A princípio as idéias de Estado e Nação traduzem noções diferentes, e cada uma delas teve um desenvolvimento próprio, até unirem-se e permanecerem vinculadas por muitos séculos, até o advento da crise do Estado Nacional. O Conceito de nação é elaborado a princípio, a partir da verificação de que em um determinado grupo humano estão presentes algumas características comuns. Tais caracteres normalmente são de índole cultural, tais como uma mesma origem, uma mesma religião, uma mesma etnia, uma mesma língua¹⁵. Contudo, tais elementos são meramente indicativos da existência de uma nação, já que o que define a questão nacional é a existência de um caráter nacional, entendido como “o complexo de características físicas e mentais que distinguem uma nação de outra” (Bauer, 2000: 46). A formação do espírito nacional depende da formação de uma

Assim, uma das principais forças motrizes que permitiram o desenvolvimento do Estado Moderno se deu através da operacionalização do conceito de nação. As idéias de Estado e Nação são conceitos distintos, guardando certa autonomia recíproca. Unicamente a partir das revoluções do final do século XVIII, foi possível a fusão dos dois conceitos em torno da noção de Estado nacional

Como lembra Otto Bauer

A transformação do sistema estatal tradicional efetuou-se no século XIX em nome do princípio da nacionalidade. Toda nação deve formar um Estado, todo Estado deve abarcar apenas uma nação¹⁶ ... Assim, a nação é comumente entendida como a totalidade dos cidadãos do Estado, ou a totalidade dos habitantes de um espaço econômico. ... O impulso para o movimento em prol do Estado nacional foi dado, sem dúvida, pela demanda de rejeição à dominação externa. Quando essa dominação significa, ao mesmo tempo,

sólida cultura comum. Isso só é possível a partir da determinação de valores culturais comuns, transmitidos de geração a geração (Bauer, 2000: 49).

¹⁶ Esse ideal dificilmente encontra correspondência na realidade dos fatos. Basta olharmos para a base humana que os vários Estados apresentam contemporaneamente. Se por um lado em único Estado é possível encontrar diversos grupos nacionais, por outro lado é perfeitamente possível admitir que um grupo nacional pode atravessar as fronteiras de um Estado, estando espalhada pelo território de mais de um Estado. É exemplo da primeira situação a Espanha, com a sua diversidade de orgulhos nacionais, tais como andaluzes, bascos, catalães, etc. No segundo caso, temos como exemplo a nação curda que se espalha pelos territórios do Irã, Iraque, Síria e Turquia.

opressão e exploração da nação inteira, a demanda de rejeitá-la não requer explicação (Bauer, 2000:76 - 77).

Considera Habermas que

Segundo o uso lingüístico clássico dos romanos, ‘natio’, assim como ‘gens’, é um conceito que surge por oposição a ‘civitas’. Nações são em primeiro lugar comunidades de ascendência comum, que se integram geograficamente por vizinhança e assentamento, culturalmente por uma língua, hábitos e tradição em comum, mas que ainda não se encontram reunidas no âmbito de uma forma de organização estatal ou política. Essa raiz mantém-se vigente por toda a parte, durante a Idade Média e o início da Era Moderna, quando ‘natio’ e ‘lingua’ se equivalem. Assim, por exemplo, os estudantes em universidades medievais eram subdivididos em ‘nationes’, de acordo com sua origem enquanto conterrâneos. Com o crescimento da mobilidade geográfica, o conceito serviu em geral para as diferenciações internas de ordens de cavalaria, universidades, mosteiros, concílios, ligas comerciais etc. Portanto, a origem nacional, **que era atribuída por outros**, esteve associada desde o início com a delimitação negativa entre o próprio e o estrangeiro. (Habermas, 2002: 126. Grifo do autor)

Assim, para Habermas,

A ‘consciência do nós’, fundada num imaginário parantesco de sangue ou identidade cultural, de pessoas que compartilham a crença numa origem comum e se identificam mutuamente como ‘membros’ de uma mesma comunidade, diferenciando-se assim dos que os rodeiam, deveria constituir o cerne comum das comunidades étnicas ou nacionais. Em vista desses aspectos comuns, as nações diferenciar-se iam essencialmente de outras comunidades étnicas pela sua complexidade e tamanho. (Habermas, 2002: 148)

Tal interpretação parte

da idéia de que o Estado nacional reagiu ao problema da desintegração de uma população que foi arrancada dos liames sociais estamentais da sociedade dos primórdios da Idade moderna”. (Habermas, 2002: 128)

Trazendo a idéia de descentramento e ênfase no indivíduo, a modernidade apresentou desde a sua origem uma

dificuldade em administrar a pluralidade em torno de mecanismos que permitissem a coesão do grupo.

Por isso, a própria diversidade do grupo social determinou uma necessidade de flexibilização dos mecanismos de coesão, possibilitando a convivência entre pessoas diferentes entre si. Nesse sentido, jogou papel decisivo a idéia de cidadania. Com efeito, a idéia de cidadania representa um eficiente meio para permitir a convivência entre diferentes: Permitindo a separação do âmbito privado (onde as pessoas podem ser diferentes em suas crenças, convicções, etc) do âmbito público (onde as pessoas devem ser iguais, já que cidadãos), a idéia de cidadania representou um meio relativamente eficiente de lidar com a diferença.

Nesse sentido, o conceito de cidadania surge como forma de afrouxamento dos laços de pertinência ao grupo. Na verdade, é certo que a presunção de absoluta homogeneidade cultural num mesmo ambiente grupal revelou-se difícil de ocorrer na prática. A idéia de cidadania permitiu manter a coesão do Estado a despeito das diferenças individuais dos integrantes do grupo. O estabelecimento da cidadania permite

transcender as diferenças, criando um estatuto homogeneizador fundado na igualdade.

Até agora, os homens não inventaram uma outra concepção política e institucional que permita administrar as diversidades. A cidadania está baseada, de fato, na idéia de que, para além de suas diferenças e desigualdades, para além da legítima variedade de suas referências culturais ou morais e de suas fidelidades religiosas ou históricas, todos os homens são iguais em dignidade e devem ser tratados de igual maneira, jurídica e politicamente. A sociedade democrática moderna está fundada sobre um princípio de inclusão igualitária, diferentemente das sociedades que os antropólogos qualificam de 'plurais' (sociedades coloniais ou que foram colonizadas), que são fundadas sobre a existência de grupos estatutária e politicamente desiguais. A transcendência das raízes concretas e das adesões particulares pela idéia de cidadania e suas instituições continua sendo, até o dia de hoje, o único fundamento de uma organização política que seja capaz de fazer viverem juntas populações cujo referencial histórico, crenças, práticas religiosas e condições econômicas sejam diferentes, e de respeitar a dignidade de cada uma delas. A neutralidade religiosa da esfera pública, isto é, da esfera comum a todos,

é até hoje, o único princípio que permite viverem juntas populações religiosamente distintas (Schnapper, 2000: 147).

Para Schnapper,

Toda nação democrática é, por definição, multicultural. As nações foram historicamente construídas a partir de uma ou de várias etnias preexistentes. A nação transcende as etnias, mas estas continuam a existir. A idéia do multiculturalismo da vida social está implícita na própria definição de nação. Ela reagrupa populações que mantêm inevitavelmente ligações históricas ou religiosas particulares. O projeto nacional não impede que os nacionais tenham, como referência, múltiplas identidades culturais ou ideológicas. A nação democrática tem por princípio e por ambição fazer com que vivam juntos cidadãos iguais enquanto cidadãos, mas também indivíduos portadores de histórias e de culturas específicas. (Schnapper, 2000: 143)

Daí a grande importância da distinção entre a esfera pública e a esfera privada. Assim, no âmbito privado as pessoas são diferentes entre si, na esfera pública porém,

unificadas pelo conceito de cidadania, já não cabe falar em desigualdade¹⁷.

Toda nação democrática caracteriza-se, de fato, por sua ambição de transcender, pela cidadania, o fato de o indivíduo pertencer de alguma forma, a comunidades particulares: biológicas (pelo menos as que são perceptíveis), étnicas, históricas, econômicas, sociais, religiosas ou culturais. Ela se propõe a integrar seus membros pela cidadania, vencendo suas diversidades concretas, transcendendo suas particularidades. Define o cidadão como um indivíduo abstrato, sem identificação e sem qualificação particulares, aquém e além de suas determinações concretas. Todo cidadão dispõe dos mesmos direitos, deve cumprir as mesmas obrigações e obedecer às

¹⁷ “É por isso que a separação entre as Igrejas e o Estado é um princípio fundador da organização política moderna: ela permite transcender o fato de se pertencer a uma Igreja em particular, dentro da diversidade de religiões, confirmar a passagem das crenças e das práticas para a esfera do privado, fazer do domínio público um lugar religiosamente neutro, comum a todos os cidadãos, seja qual for a Igreja a que pertençam, seja qual for sua recusa a participar de uma Igreja. Mas, sejam quais forem as formas concretas, herdadas de uma história singular, assumidas pelas relações entre o Estado, a Igreja e os grupos religiosos, aplicam-se os mesmos princípios em todas as nações democráticas modernas: os indivíduos são cidadãos, seja qual for sua Igreja de adoção, sejam ou não filiados a uma Igreja. A neutralidade religiosa do Estado é essencial, pois ela expressa e simboliza o fato essencial de que o vínculo social já não é religioso, mas político; portanto, até o presente momento, nacional. O princípio da separação entre o Estado e as Igrejas é não somente um princípio de liberdade religiosa, mas um princípio de proteção às religiões minoritárias, simbolicamente alçadas ao mesmo nível da religião majoritária. É fácil, pois, compreender a adesão apaixonada que os protestantes, e sobretudo os judeus, votaram à República que lhes assegurava o princípio da igualdade em relação a seus antigos perseguidores. (Schnapper, 2000: 145-146)

mesmas leis, sejam quais forem sua raça, seu sexo, sua religião, suas características econômicas e sociais, ou o fato de pertencerem a esta ou àquela coletividade histórica particular. Mas isso, é óbvio, não o torna um indivíduo menos concreto, menos preso a tradições particulares, que escolhe livremente o sentido que quer dar à sua vida. (Schnapper, 2000:143-144)

A nação moderna não exige que sejam suprimidas as particularidades das populações integradas em uma organização nacional. Isso não é possível, nem desejável. Ela exige que essas especificidades sejam mantidas dentro da ordem do privado e que os indivíduos se conformem à lógica da cidadania, na ordem do público. Está baseada na distinção hegeliana entre as especificidades do homem privado e a universalidade do cidadão. O princípio da cidadania, característico da modernidade política, hoje fundamenta a legitimidade política e constitui a fonte do vínculo social. Viver juntos é ser cidadãos juntos. (Schnapper, 2000: 144)

3 – O Problema do Pluralismo e a Tentação autoritária

A convivência com a diferença em um ambiente cada vez mais fragmentado traz como risco a possibilidade da disseminação de orgulhos étnicos e manifestações sobre uma eventual supremacia racial, fruto do desprezo e da intolerância¹⁸ para com o outro.

Com efeito, o reconhecimento do outro, nem sempre ocorre de forma pacífica. Assim, o ambiente torna-se propício para o desenvolvimento da intolerância e dos fundamentalismos, pavimentando a estrada para as experiências autoritárias¹⁹.

¹⁸ “A noção de tolerância (e, correlatamente, a de intolerância) surge no século XVI. Uma de suas primeiras utilizações públicas é encontrada no Edito de Tolerância (1562), que concede liberdade de culto aos protestantes. A partir do final do século XVII, ela é amplamente utilizada (assim como a de intolerância). A idéia de que a tolerância não é natural, mas exige um certo esforço para ser aceita, uma disciplina, perdura até nossos dias. A tolerância é uma construção, uma conquista”. (Le Goff, 2000: 38)

¹⁹ “Muitos países construíram seu sistema de governo sobre a intolerância. Não aceitam outras idéias, outros interesses que não os seus. Matam, de preferência. ... Trinta e três nações independentes participaram da Primeira Guerra Mundial; entre elas, dez eram democracias e não lutaram umas contra as outras. Cinquenta e dois países participaram da Segunda Guerra Mundial, entre os quais quinze democracias que nunca abriram fogo entre si. Em *Grasping the democratic Peace* (1993), Bruce Russett analisa todas as guerras que tiveram lugar entre países independentes, e conclui: ‘É impossível identificar... uma única guerra entre Estados democráticos, a partir de 1815. Assim também, o professor R.J. Rummel, em seu estudo sobre o número de guerras ocorridas no último período, chega às seguintes cifras: democracias contra não-democracias: 155; não-democracias contra não-democracias: 198; democracias contra democracias: zero. Estes dados ‘Apenas corroboram o seguinte fato: quanto mais democracias houver, menor o risco de guerra.

Nesse sentido, a intolerância seria uma “virtude” vinculada à idéia de “pureza”²⁰. Na observação pertinente de Rabenhorst,

Seja qual for a concepção do elo social, isto é, dos motivos pelos quais o homem vive em sociedade, o fato é que todo agrupamento humano se constitui em torno de um universo que lhe é próprio. Sendo assim, ... uma sociedade só pode julgar uma outra de uma forma comparativa, ou seja,

R.J. Rummel analisa igualmente o número de pessoas que foram mortas no âmbito do genocídio e dos massacres coletivos, por motivos políticos ou ideológicos, durante os primeiros oitenta anos do nosso século, em épocas de não-beligerância. Segundo esses números, algo em torno de 170 milhões de pessoas foram mortas porque os dirigentes de certos países resolveram eliminá-las. Desses, assassinatos, 99% ocorreram sob regimes totalitários e autoritários. Ele afirma que desses 170 milhões de pessoas mortas, mais de 100 milhões foram massacrados por ditaduras comunistas. Essa cifra é cerca de quatro vezes superior ao número de mortos nos campos de batalha de todas as guerras que tiveram lugar desde o início deste século. Os três principais impérios ‘assassinosos’ são: a União Soviética (62 milhões de pessoas mortas em situação não-beligerante), a China comunista (35 milhões) e a Alemanha nazista (21 milhões). ...As democracias, habitualmente, não matam ninguém fora do estado de guerra, em virtude do equilíbrio entre os três princípios: liberdade de imprensa e de oposição; obrigação que os dirigentes têm de prestar conta ao povo; e limitações ao poder de governo. Já os Estados totalitários continuam a matar porque têm um poder sem limites”. (Ahlmark, 2000: 128-129)

²⁰ A ideologia nazista é o exemplo mais flagrante de que a obsessão pela pureza leva inevitavelmente à intolerância. Os nazistas definiram abertamente sua política como uma política de purificação. Repetiram insistentemente que a tolerância era um sinal de fraqueza e uma marca do liberalismo ocidental, que devia ser eliminada de seu país. (Lepenes, 2000: 116). Por outro lado, “O Neofascismo se origina de determinadas tendências econômicas e político-financeiras.”. (Martin e Schumann, 1999:247) “O autoritarismo, como reação a um excesso de neoliberalismo, propaga-se mundo afora como um incêndio em mato seco.” (Martin e Schumann, 199:247-248) “O fundamentalismo, como demonstram os exemplos, não é mais um problema somente do Islã. “Nós todos temos os nossos Zyuganovs”, comenta o International Herald Tribune fazendo alusão ao comunista retrógado russo Gennadi Zyuganov. Os austríacos, uma vez mais, conseguiram chegar mais longe do que todos: desde 1986, o populista radical Jörg Haider empenha-se numa violenta campanha que, Segundo os observadores, deverá levá-lo ao cargo de primeiro-ministro antes da virada do século. Apenas os seus escorregões verbais, que despertam más lembranças do Reich de Mil Anos (de Hitler), o prejudicaram até agora, mas sempre por pouco tempo” (Martin e Schumann, 1999: 248).

atribuindo à mesma o estatuto de superior, inferior ou simplesmente equivalente. Ora, a história está aí para nos mostrar que a segunda alternativa foi, quase sempre, a mais escolhida. E a razão de tal escolha não foi aleatória, mas, ao contrário, ela parece ter seguido uma lógica facilmente identificável: a autodesvalorização de uma cultura com relação a outra seria paradoxal, e a simples equivalência entre elas conduziria a uma incomensurabilidade difícil de ser compreendida, isto é, a idéia de que um grupo cultural deveria tolerar no outro aquilo que ele crê ser simplesmente intolerável. (Rabenhorst, 2001: 93)

Para Umberto Eco,

A intolerância está situada aquém de qualquer doutrina. Nesse sentido, a intolerância tem raízes biológicas, manifesta-se entre os animais em forma de territorialidade e baseia-se em reações emocionais superficiais. Não gostamos dos que são diferentes de nós, porque têm uma cor diferente de pele, porque falam uma língua que não entendemos, porque comem rã, cachorro, macaco, porco, alho, porque usam tatuagem... (Eco, 2000: 17)

Como lembra Eduardo Rabenhorst, “... a tolerância e o respeito pelo diferente exigem um aprendizado. Não nascemos tolerantes, mas aprendemos a ser.” (Rabenhorst, 2001: 93)

Para Umberto Eco,

A intolerância em relação ao outro é natural na criança, como o instinto de se apropriar de tudo o que lhe agrada. Aprendemos a tolerância, pouco a pouco, como aprendemos a controlar bastante bem nosso próprio corpo, a tolerância exige a permanente educação dos adultos. (Eco, 2000: 17)

Assim, não existe povo que possa ser qualificado de intolerante xenófobo ou anti-semita por natureza. “Nas multidões emudecidas pelo ódio, pela intolerância, vemos, sobretudo, gente cansada, ansiosa, desesperada”. (Geremek, 2000: 152)

A emergência do pluralismo e o choque de identidades demandam soluções capazes de potencializar a unidade do Estado sob pena de prevalecerem as forças de fragmentação²¹.

²¹ Não por acaso tem ocorrido no cenário global profundas transformações na configuração geopolítica dos Estados. Desde a queda do muro de Berlim, vários Estados fragementaram-se ou mesmo desapareceram, em muitas das vezes devido à afirmação de orgulhos nacionais que não conseguiram ser absorvidos de modo adequado pela ordem anterior. São emblemáticos nesse

De acordo com Stuart Hall, esta crise tem provocado um impacto sem precedentes no conceito de identidade:

as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado. (Hall, 2003:7)

Assim,

Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX. Isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que no passado, nos tinham fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais. Esta perda de um 'sentido de si' estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento ou descentração do sujeito (Hall, 2003:9).

Citando Ernesto Laclau, Hall afirma que

sentido os exemplos da antiga União Soviética e também da Iugoslávia, que tem sido palco de sucessivos conflitos de fundamentação étnica.

‘as sociedades da modernidade tardia, ..., são caracterizadas pela ‘diferença’; elas são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes ‘posições de sujeito’ – isto é, identidades – para os indivíduos. Se tais sociedades não se desintegram totalmente não é porque elas são unificadas, mas porque seus diferentes elementos e identidades podem, sob certas circunstâncias, ser conjuntamente articulados. (Hall, 2003:17)

No que se refere às identidades nacionais, é válido argumentar com Hall que

não importa quão diferentes seus membros possam ser em termos de classe, gênero ou raça, uma cultura nacional busca unificá-los numa identidade cultural, para representá-los todos como pertencendo à mesma e grande família nacional. (Hall, 2003:59)

Parece desejável, pois, o fortalecimento da unidade estatal a partir do desenvolvimento de estratégias democráticas que viabilizem a cooperação e a integração.

4 – Constituição e dissenso no constitucionalismo democrático

O estabelecimento de consensos delimita o grau de coesão de um grupo social. Sob certo sentido, tais consensos devem estar refletidos na Constituição, resultado jurídico-normativo do jogo político desenvolvido pela dinâmica social.

Quando grupos minoritários²² aceitam espontaneamente o mando da maioria, existe uma relação de estabilidade. O consenso portanto, refere-se à existência de “um grau de concordância das forças válidas na sociedade em torno de

²² Para Elida Séguin “Conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, lingüísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas. Inicialmente pensã-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste”. (Séguin, 2002: 9) A melhor definição de minoria no entanto parece não ter como elemento decisivo a questão numérica:” A nomeação de algumas minorias aprioristicamente parece um contra-senso, como a mulher vez que ela já constitui mais da metade da população mundial. O mesmo ocorre com os idosos quase beirando os 8% da população mundial, e ainda não reconhecidos como grupo com características e interesses próprios”. (Séguin, 2002: 10) Socorrendo-se de Capotorti, Elida Séguin, resolve o problema da definição de minorias. Para o citado autor, minoria é “*A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population*” (Apud, Séguin, 2002: 11) Analisando a questão, Séguin afirma que “o autor elenca como elementos constitutivos de uma minoria: o elemento numérico; o elemento de não-dominância, o elemento de cidadania e o elemento da solidariedade entre os membros da minoria, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião e idioma”. (Séguin, 2002: 11) Em uma democracia é fundamental o estabelecimento de regras de convivência entre grupos minoritários e grupos majoritários.

alguns valores básicos, capazes de se tornarem predominantes”. (Souza Junior, 2000a: 56-57)

Observando as sociedades contemporâneas, o que se verifica é uma grande heterogeneidade, marcada por uma pluralidade de valores, crenças e concepções e aspirações diversas, caracterizando a arena do dissenso. Em um regime democrático, é função dos partidos políticos organizar esses interesses diferentes, formulando programas de governo e submetendo-os ao voto popular. No entanto, com grande frequência é possível identificar no grupo social laços de fraternidade e solidariedade fruto da consciência de um destino comum. A identificação dos valores que aproximam as pessoas a despeito das diferenças, é o solo fértil para o desenvolvimento do consenso. (Souza Junior, 2000a: 64-65)

O modo porém como o consenso é estabelecido varia com as diversas manifestações de Estado.

O Constitucionalismo liberal é caracterizado pela existência de princípios basilares tais como a separação de poderes, o predomínio da norma sob a forma legislada, dentre outras. A grande razão dessa estruturação é a de permitir a

perpetuação do modelo liberal de Estado. Como percebe Cezar Saldanha Souza Junior, tais arranjos

reduzindo a vida política a um processo de elaboração e de aplicação de uma lei racionalmente deduzida, por poderes distintos e independentes, tendem a reforçar o consensus liberal. Eles dificultam extremamente a utilização do poder político como instrumento de reformas econômicas e sociais da ordem vigente. São arranjos adequados à perpetuação do liberalismo clássico. (Souza Junior, 2000b: 64)

Para Souza Junior, este é o problema fundamental do liberalismo enquanto sistema de governo: com efeito, o liberalismo

não consegue regular e intermediar democraticamente a vida política numa sociedade dividida em classes, onde as tensões e os conflitos sociais, refletidos em partidos ideológicos, são de tal monta que, sem uma intervenção governamental responsável e sem uma clara distinção entre a área de governo (que divide a sociedade ideologicamente) e a área do Estado (que pode uni-la acima das divergências), tombar-se-á fatalmente ou no autoritarismo reacionário ou na revolução social. (Souza Junior, 2000b: 64)

O Estado social como se percebe, é caracterizado pelo pluralismo. Nele, é possível perceber a atuação de partidos socialistas e comunistas com o objetivo de mudar as relações econômicas e sociais convivendo com partidos liberais e conservadores, sendo perfeitamente possível a alternância ideológica no poder²³. (Souza Junior, 2000b: 78)

Se por um lado o consenso no Estado liberal se manifesta com um perfil prioritariamente substancial e apenas secundariamente formal, no Estado social esta lógica é invertida. Assim, o consenso no Estado social tem um perfil essencialmente formal, e apenas secundariamente substancial. Daí que o fundamento da democracia no Estado social repousa na aceitação das forças da comunidade em torno das regras do jogo político (Souza Junior, 2000b: 100)

²³ “Essa característica distingue o Estado social do Estado liberal pluralista, cujo exemplo mais conspícuo é o norte-americano. Nos Estados Unidos, a alternância no Poder corresponde a uma rotatividade de partidos políticos de ‘patronagem’, que se dividem exclusivamente em função de interesses de grupos, mas comungam da mesma concepção quanto aos fundamentos da ordem econômico-social. Para usarmos de uma expressão de Adriano Moreira, o que está em jogo (at stake, diriam os ingleses) não é nunca a ‘sede de Poder’, mas apenas a ‘continuidade no Poder do mesmo grupo ou partido’. Assim, nos Estados Unidos, as conquistas do Estado social deixam ainda muito a desejar. E, mais sério ainda: os setores da sociedade que não possuem recursos ou não são suficientemente articulados, para exercerem pressão sobre os poderes constituídos, ficam abandonados à sua própria sorte. Não há mecanismos políticos como, por exemplo, um partido socialista válido, capazes de exprimir as vozes e os interesses dos grupos não privilegiados”. (79)

Deste modo, o *consensus* formal, próprio do Estado social, importa uma concordância, muitas vezes implícita, em torno de um quadro de valores, cujo conteúdo mínimo, como já analisamos, em livro anterior, se traduz no reconhecimento pragmático a) da dignidade humana, de um núcleo de liberdades fundamentais e de uma esfera mínima de autonomia da Comunidade diante do Estado, sem o que as regras do jogo político perderiam autenticidade e significado, bem como b) de um quadro de metas programáticas dentro do qual os governos estão autorizados ou convidados a atuar na promoção da justiça e da prosperidade. (Souza Junior, 2000b: 100-101)

No que respeita ao Estado liberal, é de se dizer que

O modelo de sociedade que parece implícito ao Estado liberal tem – digamos assim – um caráter ‘estrutural-funcionalista’: a sociedade é naturalmente harmônica, consensual e ‘funcional’; o conflito – realidade inegável – , uma anormalidade ou disfunção, a ser sufocada ou extirpada. Já o modelo implícito no Estado-social é outro: a sociedade é naturalmente desarmônica e não-consensual; o conflito consiste num elemento inextirpável do convívio social, a ser

regulado e disciplinado num quadro legal-coercitivo. (Souza Junior, 2000b:102-103). Esses substratos ideológicos refletem-se a nível institucional. As instituições políticas liberais, supondo um *consensus* preexistente, armam-se para garantir o livre jogo das forças sociais, limitar o Estado e combater o dissenso em suas causas e seus efeitos. Os arranjos clássicos não se preocupam com criar um *consensus*, mas em eliminar o dissenso. Já as instituições da democracia social, partindo da aceitação da normalidade social dos conflitos de toda espécie, voltam-se justamente para a regulação legal e pacífica deles. O que representam os partidos, senão o esforço para possibilitar a organização política das forças sociais conflitantes, canalizando-as à formulação de projetos alternativos, práticos e viáveis, a serem executados pelos governos? O que são as eleições, senão o deslocamento, para um plano politicamente regulável, dos conflitos sociais que, de outra forma, desembocariam tragicamente em guerra civil sem fronteiras? O que vem a ser o parlamento, senão a arena onde essa luta se trava, segundo regras por todos aceitas? O que resta à chefia de Estado senão a arbitragem de última instância de competição política? (Souza Junior, 2000b : 103)

Se por um lado o Estado liberal pressupõe uma forma de organização social baseada no consenso homogêneo dos indivíduos, desconsiderando o dissenso, o Estado social pressupõe a possibilidade de neutralização do dissenso mediante a correção das distorções decorrentes do exercício do poder econômico. (Galuppo, 2001: 54)

O Estado democrático de direito por sua vez, enxerga o dissenso de modo diferente. Sendo o pluralismo um dado de fato presente nas sociedades contemporâneas, pretender ignorá-lo ou neutralizá-lo é interferir na identidade social. Desse modo, mesmo os projetos minoritários são parte essencial da própria identidade social, O que se deseja portanto, é estimular o debate público para que assim sejam preservadas as condições de realizabilidade de todos os projetos. (Galuppo, 2001: 54)

Para Marcelo Neves, em um Estado democrático de direito

a esfera pública é a arena do dissenso. Ela caracteriza-se por um dissenso estrutural em torno de valores, interesses, expectativas normativas e discursos. Os procedimentos do

Estado democrático de direito não se legitimam enquanto pretendem negar esse dissenso ou buscar um consenso em torno desses valores, interesses, expectativas e discursos (Neves, 2001: 352)

Mas para que tal ocorra, é preciso redefinir o entendimento do que seja a Constituição. Assim, “A Constituição não mais pode ser entendida apenas como um consenso de fundo, mas deve também ser entendida como a manifestação indireta de um dissenso, ou, caso se prefira, de um pluralismo” (Galuppo, 2001; 54).

A Constituição deve refletir assim, a exata dimensão do pluralismo existente na sociedade, consagrando normas que viabilizem a realização dos diferentes projetos de vida. É por este motivo que quase sempre as constituições pluralistas consagram normas que a princípio não se harmonizam entre si. Para Galuppo,

Uma Constituição democrática não pode expurgar de seu interior os projetos minoritários que conformam o pluralismo. No Maximo, o que a Constituição pode estabelecer são as regras prático-jurídicas do debate entre

os diversos projetos presentes na sociedade e inclusive na própria Constituição, estipulando as condições e limitações, no plano da faticidade, para este debate. É um equívoco, portanto, e um anacronismo, aplicar conceitos tais como ‘harmonia’ e ‘sistema’, de forma absoluta e rigorosa, a um texto constitucional como o nosso. (Galuppo, 2001: 54-55)

5 – Democracia e Jurisdição Constitucional: Em Busca de Uma Alternativa de Modernidade

Uma das formas de superação da crise e correção dos rumos tomados pela práxis institucional contemporânea está na retomada das propostas que fundamentaram o discurso da modernidade.

Explica Gisele Cittadino que a crítica do direito foi uma das características mais marcantes da filosofia política dos anos 60 e 70. Em tal período, o direito era percebido como uma das formas de exercício da violência, não representando senão um campo de relações de força no qual se manifestava a

efetiva supremacia do mais forte. (Cittadino, 2002: 141)

Tanto Marx como Foucault associavam a força do direito a propósitos de dominação e prejuízo da emancipação. “Neste sentido, ao invés de falar na força do direito, os anos 60 e 70 parecem significar a ‘morte do direito’”. (Cittadino, 2002: 141)

A partir dos anos 80 porém, ao enfrentar o tema da justiça distributiva, a filosofia política acaba por estabelecer um movimento de retorno ao direito: “Este movimento parece estar intimamente vinculado, por um lado, à derrocada da grande utopia igualitarista e, por outro lado, ao reconhecimento de que em sociedades democráticas o pluralismo é não apenas inevitável, como desejado. Consequentemente, o retorno ao direito é a via através da qual se evita a violência, dada a inexorabilidade do pluralismo e do conflito nas democracias contemporâneas (Cittadino, 2002: 141-142).

Giselle Cittadino percebe com pertinência que

No âmbito da modernidade, são dois os caminhos que se podem trilhar: O primeiro pressupõe que o direito possui uma força legitimadora baseada em uma racionalidade

autônoma, a ele imanente e desprovida de moralidade. Neste sentido, ou não há momento de incondicionalidade e temos, portanto, um direito puramente instrumental ou, na melhor das hipóteses, este momento de incondicionalidade é encontrado na própria forma do direito positivo. A segunda via parece nos remeter de volta ao passado, para, como os antigos, submeter as normas humanas a uma espécie de transcendência. À pura instrumentalidade ou legitimidade auto-referida opõe-se uma heteronomia do direito que assegura às suas regras um fundamento enquanto alternativa à perda de sentido engendrada pelo desencantamento do mundo. (Cittadino, 2000:142)

Assim, na percepção de Habermas, em lugar de simplesmente abandonar o projeto da modernidade, considerando-o como definitivamente derrotado, seria mais interessante aprender com os erros dos programas extravagantes que trataram de negar a modernidade (Habermas, 1996: 141)²⁴. Isto seria possível a partir de um processo de “reapropriação da cultura dos *experts* pelo mundo da vida” (Habermas, 1996: 142).

²⁴ Em sentido diverso, entendendo que o pluralismo político necessariamente anuncia uma “condição política pós-moderna”, Agnes Heller, para quem “a condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto” (Heller, 1998: 16).

O resgate da ética começa a se estabelecer a partir do momento em que se verifica a “derrocada da grande utopia igualitarista” e também a partir do “reconhecimento de que em sociedades democráticas o pluralismo não é apenas inevitável, como desejado” (Cittadino, 2000:141-142)

Para Giselle Cittadino,

esse retorno ao mundo da ética, do direito e da política já não permite qualquer referência a um sujeito individual ideal. É bem verdade que, historicamente, a ficção do sujeito independente foi utilizada, especialmente do ponto de vista da política, como via de emancipação dos indivíduos das formas de dominação tradicionais. A idéia do homem natural, do sujeito pré-político, enquanto invenção artificial, procurava libertar os indivíduos da servidão. Neste sentido, esta ficção tinha o objetivo de legitimar uma certa idéia de “individualidade” frente a qualquer tipo de coletivismo “natural”. Ressalte-se, entretanto, que este homem natural colaborou com a erosão da legitimidade histórica do feudalismo, no momento em que se transforma em sujeito orientado por seus próprios interesses, atuando no âmbito do Mercado capitalista, se torna uma figura reificada que inviabiliza a idéia de comunidade democrática. Quando a figura do outro é representada através das imagens

do competidor e do inimigo, não pode haver política de cooperação democrática. (Cittadino, 2000:76)

Assim, a imagem sujeito pré-político cede agora espaço para a concepção que enxerga a politicidade a as relações lingüísticas interindividuais como relevantes. Esta forma de ver o indivíduo, marcado pela intersubjetividade determina a morte do sujeito racional e solitário, sendo antes os valores plurais os temas enfrentados pela filosofia política atual.

É, portanto, pela via da intersubjetividade que se retorna ao mundo da ética, do direito e da política. É neste território que se situam as perguntas sobre como podemos compreender a nossa sociedade e quais são os elementos e instrumentos que devem atuar neste processo de compreensão (Cittadino, 2000:76-77).

Para Chantal Mouffe

O ideal da sociedade democrática – inclusive como idéia reguladora – não pode ser o de uma sociedade que houvesse realizado o sonho de uma harmonia perfeita nas relações sociais. a democracia só pode existir quando nenhum agente

social está em condições de aparecer como dono do fundamento da sociedade e representante da totalidade. portanto, é mister que todos reconheçam que não há na sociedade lugar algum onde o poder possa ser eliminado em uma sorte de indistinção entre ser e conhecimento. Isto significa que não se pode considerar democrática a relação entre os diferentes agentes sociais senão a condição de que todos aceitem o caráter particular e limitado de suas reivindicações. Em outros termos, é mister que reconheçam que suas relações mutuas são relações das quais é impossível eliminar o poder. (Mouffe 1999: 19)

O retorno ao direito e à ética é assim, a via através da qual se evita a violência, dada a impossibilidade de evitar o pluralismo e o conflito nas democracias contemporâneas. Mas como se processa essa ligação entre ética e direito? Existem diferentes respostas, a depender do modelo de organização social que se adote.

6- Liberdade dos Antigos versus Liberdade dos Modernos: Atualizando o debate

Observando o modo como se apresenta a liberdade na modernidade e na antiguidade, considera Benjamin Constant que a idéia de liberdade tal como experimentada pelos antigos não é a mesma que a liberdade experimentada pelos modernos. Na antiguidade, a liberdade vinculava-se a uma participação positiva, a uma efetiva discussão e deliberação dos assuntos de interesse coletivo em praça pública.²⁵ Por esta concepção livre é aquele que participa do processo de formação da vontade do Estado.

Isaiah Berlin percebe igualmente a distinção entre o modo como a liberdade se manifesta, e considera que a liberdade está associada a um status de ação positiva²⁶.

²⁵ Para Constant, a liberdade dos antigos “...consisted in exercising collectively, but directly, several parts of the complete sovereignty; in deliberating, in the public square, over war and peace; in forming alliances with foreign governments; in voting laws, in pronouncing judgements; in examining the accounts, the acts, the stewardship of the magistrates; in calling them to appear in front of the assembled people, in accusing, condemning or absolving them. But if this was what the ancients called liberty, they admitted as compatible with this collective freedom the complete subjection of the individual to the authority of the community”. (Constant, 2002: 310-311).

²⁶ Sobre a liberdade positiva, Berlin tece os seguintes comentários: “The ‘positive’ sense of the word ‘liberty’ derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer –

Combinando-se as duas perspectivas, podemos admitir que na antiguidade a liberdade tem um caráter positivo, de participação nos assuntos públicos.

Comparada a liberdade dos antigos com a noção de liberdade na modernidade, percebemos uma ausência de coincidência entre as duas noções. Com efeito, se para os antigos a liberdade tinha um caráter positivo, na modernidade a liberdade assume características distintas. É ainda Benjamin Constant que esclarece que a idéia de liberdade moderna é traduzida pela não ingerência do Estado nos assuntos privados. Assim, para os modernos, livre é aquele que consegue afastar o Estado da sua esfera privada, garantindo o livre exercício de sua autonomia particular²⁷.

deciding, not being decided for, self directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them.” (Berlin, 2002: 178).

²⁷ *“First ask yourselves, Gentlemen, what an Englishman, a Frenchman, and a citizen of the United States of America understand today by the word ‘liberty’. For each of them it is the right to be subjected only to the laws, and to be neither arrested, detained, put to death or maltreated in any way by the arbitrary will of one or more individuals, It is the right of everyone to express their opinion, choose a profession and practice it, to dispose of property, and even to abuse it; to come and go without permission, and without having to account for their motives or undertakings. It is everyone’s right to associate with other individuals, either to discuss their interests, or to profess the religion which they and their associates prefer, or even simply to occupy their days or hours in a way which is most compatible with their inclinations or whims. Finally it is everyone’s right to exercise some influence on the administration of the government, either by electing all particular officials, or through representations, petitions, demands to which the authorities are more or less compelled to pay heed”.* (Constant, 2002: 326)

Essa perspectiva assume um caráter evidentemente negativo, já que a liberdade é exercida como uma forma de reação contra eventuais ingerências de outros indivíduos e mesmo do poder público na esfera privada de cada um²⁸.

Percebe-se através de Constant e Berlin, que enquanto os antigos valorizavam a construção da esfera pública, os modernos enfatizam a valorização da esfera privada.

A interpretação de Bobbio, porém, aporta novos elementos. Bobbio entende que a liberdade negativa dos modernos está vinculada ao ideal liberal, enquanto a liberdade positiva dos antigos vincula-se ao ideal democrático. Assim, “liberdade’ significa ora a faculdade de cumprir ou não certas ações, sem o impedimento dos outros que comigo convivem, ou da sociedade, como complexo orgânico, ou, mais simplesmente, do poder estatal; ora o poder de não obedecer a outras normas além daquelas que eu mesmo me impus. O primeiro significado é aquele recorrente na teoria liberal

²⁸ Para Berlin, a noção de liberdade negativa corresponde ao entendimento segundo o qual: “*I am normally said to be free to the degree to which no man or body of men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree: and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved*” (Berlin, 2002: 169).

clássica, segundo a qual ‘ser livre’ significa gozar de uma esfera de ação, mais ou menos ampla, não controlada pelos órgãos do poder estatal; o segundo significado é aquele utilizado pela doutrina democrática, segundo a qual ‘ser livre’ não significa não haver leis, mas criar leis para si mesmo.” (Bobbio, 2000: 101)

Esta concepção entende que o liberalismo é aquele modelo político que defende uma autonomia individual tão mais ampla quanto possível. De modo diverso a democracia dependeria do desenvolvimento de mecanismos capazes de promover o “autogoverno” do grupo social.

Posta nestes termos, a questão parece estar polarizada em dois extremos, como se democracia e liberalismo fossem reciprocamente excludentes.

Assim, é preciso verificar em que medida tais conceitos podem implicar-se mutuamente na construção de um modelo de organização social que seja adequado às sociedades contemporâneas.

Observando os modelos de organização social, percebemos uma forte identidade entre a idéia de liberdade dos antigos e o ideal republicano, enquanto percebemos também

uma clara vinculação entre a noção de liberdade dos modernos e o pensamento liberal. Passemos a uma análise dos dois modelos:

7 – A Dicotomia Liberalismo *versus* Republicanismo

7.1 – O Republicanismo e a Relevância da Esfera Pública

Pode-se considerar que o republicanismo²⁹ tem suas primeiras manifestações na antiga Grécia, com o modelo

²⁹ Sobre o conceito de republica, explica Sergio Cardoso que “*Respublica, res populi*: o que pertence ao povo, o que se refere ao domínio público, o que é de interesse coletivo ou comum aos cidadãos; por oposição a uma esfera de coisas e assuntos privados, relativos à alçada dos particulares, grupos, associações ou indivíduos. É certo que esta divisão não ocorre de maneira espontânea. Ela se impõe, justamente, pela postulação de um espaço público, dotado dos instrumentos que asseguram seu reconhecimento, o caráter coletivo de sua apropriação e suas regulações. Assim, o termo república não designa apenas a existência de uma esfera de bens comuns a um certo conjunto de homens, mas também, de imediato, a constituição mesma de um povo, suas instituições, regras de convivência e agências de administração e governo, cujas orientações derivam de um momento de instituição ou fundação política. República se diz, então, sobretudo dos ‘regimes constitucionais’, daqueles em que as leis e regulações ordinárias, bem como as disposições do governo, derivam dos princípios que conferem sua forma à sociedade e em que tais estabelecimentos, postos acima de todos, a protegem de todo interesse particular ou transitório, de toda vontade caprichosa ou arbitrária. Deste modo, o termo nos remete também à idéia de ‘governo de leis’ (e não de homens), de ‘império da lei’ e mesmo de ‘estado de direito’, expressões que declaram, na sua acepção mais imediata, a prescrição de que os mandam também obedeçam, mesmo nos casos em que a forma de governo não seja democrática e em que apenas alguns, ou mesmo um só, ocupam as posições de mando e postos de governo”. (Cardoso, 2004: 46).

organizacional das cidades-estado. O republicanismo faz da esfera pública o centro de gravidade da organização social. Na Grécia distinguam-se os âmbitos público e privado de atuação. No âmbito privado, na esfera da casa ou *oikia*, era reconhecido o governo de um só, enquanto na *polis* o governo era exercido por muitos governantes. Era na esfera de atuação pública que o cidadão encontrava-se entre iguais, atuando politicamente e dignificando a sua própria condição. (Ferraz Jr, 1989:26-27). Na verdade, uma das preocupações centrais do homem antigo é a preocupação com o bem como forma de realização da felicidade³⁰. Nesse sentido, para os antigos a felicidade, enquanto realização plena do ser do homem depende do exercício da virtude (*arete*). (Galuppo, 2004:338). Para que isso ocorra, é preciso que o homem exerça a virtude no lugar que lhe é próprio, qual seja, a comunidade política. Daí a máxima aristotélica do *zoon politicon* segundo a qual “o homem é um animal político”.

³⁰ Escreve Aristóteles: “... se há somente um bem final, este será o que estamos procurando, e se há mais de um, o mais final dos bens será o que estamos procurando. ... chamamos absolutamente final aquilo que é sempre desejável em si, e nunca por causa de algo mais. Parece que a felicidade, mais que qualquer outro bem, é tida como este bem supremo, pois a escolhemos sempre por si mesma, e nunca por causa de algo mais...” (Aristóteles, 1996: 125)

É fácil perceber que a noção antiga de felicidade em nada se assemelha à moderna concepção de prazer, marcada pelo individualismo que o modelo liberal consagrou.

Assim, para Aristóteles a felicidade reside na realização da natureza humana, qual seja, a vida em comunidade (Galuppo, 2004: 339).

O tema da vida em comunidade foi retomado, já na modernidade principalmente a partir de Jean-Jacques Rousseau, com a idéia de contrato social fundado em uma “vontade geral”, cuja inspiração republicana é clara.

Registra David Held que “O republicanismo começou a desfrutar de uma espécie de revitalização no final do século XI, quando uma série de comunidades do norte da Itália estabeleceram seus próprios ‘consules’ ou ‘administradores’ para gerir seus assuntos judiciais desafiando os direitos papais e imperiais de controle legal. Até fins do século XII, o sistema consular foi substituído por uma forma de governo que incluía conselhos de governo dirigidos por funcionários conhecidos como podestá, com poder supremo em matéria executiva e judicial. (Held, 2001: 59)

O elemento central da argumentação republicana renascentista era que a liberdade de uma comunidade política se baseava em que a única autoridade a que havia de dar contas era a própria comunidade. O autogoverno é a base da liberdade, junto com o direito dos cidadãos a participar – em um marco constitucional que define distintos papéis para as forças sociais dominantes – no governo de seus assuntos comuns. De acordo com este ponto de vista, a liberdade dos cidadãos consiste na pela consecução dos fins que eles mesmos escolheram, e o mais alto ideal político é a liberdade cívica de um povo autogovernado e independente. A comunidade em seu conjunto ‘deve conservar em última instância a autoridade soberana’, assinando a seus diversos governantes ou magistrados ‘um grau superior ao de funcionários eleitos’. Tais governantes devem assegurar o cumprimento efetivo das leis promulgadas pela comunidade para fomentar seu próprio bem-estar, já que não são soberanos no sentido tradicional, senão ‘agentes’ ou ‘administradores’ (Held, 2001: 62)

Na percepção de Sérgio Cardoso,

Esta postulação de uma esfera de interesses comuns, bem como a exigência do ‘império da lei’ (que inspiram ao republicanismo seus discursos relativos à moderação e à

contenção dos desejos e interesses privados e mesmo ao desinteresse de si, em vista do amor pela cidade, e à abnegação, em função do empenho na promoção do bem público; enfim, as chamadas ‘virtudes cívicas’) assinaladas como elementos centrais e condições necessárias da existência das repúblicas, não são, no entanto suficientes para determinar o que ordinariamente chamamos regime republicano. (Cardoso, 2004: 46)

O Republicanismo representa um momento importante do desenvolvimento político-institucional da humanidade, buscando reproduzir na renascença o ideal de participação ativa presente nas experiências da antiguidade clássica. (Held, 2001: 55)

Ao retornarmos aos textos dos humanistas do século XIV italiano, encontramos uma forte defesa da liberdade associada a valores ligados à condição do cidadão e não aos indivíduos”. Assim, enquanto o liberalismo constrói a democracia a partir do indivíduo, o republicanismo constrói a democracia a partir da visão do cidadão. (Bignotto, 2004: 21)

A experiência do cidadão ativo contudo, entrou em declínio, cedendo espaço para uma progressiva diminuição da esfera pública. Mas que fatores determinaram o ocaso do republicanismo?

Para Held, a antítese do *homo politicus* é o *homo credens*. Com isso,

a visão cristã do mundo transformou a lógica da ação política da polis em um sistema teológico. A concepção helênica do homem, como ser concebido para viver em uma cidade, foi substituída pela preocupação pela forma como os humanos podiam viver em comunhão com Deus. Em agudo contraste com a concepção grega, segundo a qual a polis é a representação do bem político, a concepção cristã do mundo insistia na idéia de que o bem reside na submissão à vontade de Deus ... Até a Reforma acabar com a noção de uma única verdade religiosa, observou-se uma grande articulação entre a interpretação da vontade divina³¹ e o poder secular (Held, 2001: 56).

³¹ Esclarece David Held que “O cristianismo, por suposto não ignorou as questões acerca das regras e metas que os seres humanos devem aceitar com o fim de viver uma vida produtiva. Apesar de que o cristianismo foi imposto em muitas comunidades, dificilmente se haveria convertido em uma religião mundial se não houvesse sustentado valores e aspirações que, até certo ponto, são apreciáveis por si mesmos, em virtude de seu papel nos assuntos humanos. Mais ainda, seria um erro considerar o cristianismo como um abandono total da preocupação pelo tipo de ideais que haviam sido tão importantes para setores inteiros do mundo antigo. O ideal de igualdade, por exemplo, se conservou até certo ponto no cristianismo, ainda que em um contexto

De qualquer sorte, é preciso destacar

...a importância que adquire no pensamento republicano a questão da participação política, da implicação efetiva de todos na expressão e realização do bem comum (a exigência que mais aproxima as repúblicas das democracias, os regimes fundados na convicção de que o interesse de todos melhor se realiza pelo igual concurso de todos, na formação das decisões políticas, do que pela inteligência ou virtudes de um ou de alguns). O regime republicano não propõe apenas que o poder seja contido por leis e se exerça para o povo, em vista do bem comum, mas exige ainda que seja exercido de algum modo, por todo o povo, ou ao menos em seu nome – nos casos em que se admite a representação política. (Cardoso, 2004: 46-47)

Para David Held,

completamente distinto. Se há sugerido que a afirmação cristã da ‘igualdade dos homens perante Deus’, junto com a possível existência de uma comunidade na qual ninguém tem direitos morais ou políticos superiores, eram as únicas bases sobre as quais o valor da igualdade podia ser preservado para a sociedade em seu conjunto, em um mundo de excedentes econômicos mínimos, no qual a massa da população vivia perto ou abaixo do nível de subsistência. Nessas condições, a concepção religiosa da igualdade, era, ao menos, uma forma de conservar o conceito. Sem dúvida, o cristianismo se utilizou para justificar uma série de instituições diversas, incluindo a escravidão e a servidão. Mas continha elementos contraditórios, alguns dos quais se converteriam mais adiante em sementes de sua própria ruptura” (Held, 2001: 56-57).

O elemento central da argumentação republicana renascentista era que a liberdade de uma comunidade política se baseava em que a única autoridade a que havia de dar contas era a própria comunidade. O autogoverno é a base da liberdade, junto com o direito dos cidadãos a participar – em um marco constitucional que define distintos papéis para as forças sociais dominantes – no governo de seus assuntos comuns. De acordo com este ponto de vista, a liberdade dos cidadãos consiste na pela consecução dos fins que eles mesmos escolheram, e o mais alto ideal político é a liberdade cívica de um povo autogovernado e independente. A comunidade em seu conjunto “deve conservar em última instância a autoridade soberana”, assinando a seus diversos governantes ou magistrados “um grau superior ao de funcionários eleitos”. Tais governantes devem assegurar o cumprimento efetivo das leis promulgadas pela comunidade para fomentar seu próprio bem-estar, já que não são soberanos no sentido tradicional, senão “agentes” ou “administradores” (Held,2001: 62)

7.2 – O liberalismo e o paradigma da autonomia individual

Em oposição ao republicanismo, o liberalismo surgiu com os movimentos burgueses de contestação ao antigo regime, reivindicando um espaço privilegiado para os direitos individuais, tais como liberdade, propriedade, intimidade, honra, etc. Apesar das diversas variantes, as tendências liberais em geral guardam em comum a defesa de uma esfera privada oponível ao Estado e aos outros indivíduos.

Historicamente o liberalismo se impôs a partir das lutas contra o sistema absolutista e a intolerância religiosa. A luta do liberalismo, em oposição às monarquias despóticas e à Igreja era permitir a definição de uma esfera privada independente do Estado e da Igreja, favorecendo a liberação da vida pessoal, familiar e empresarial dos indivíduos contra quaisquer interferências políticas.

Apesar das diversas variantes do liberalismo, todas defendem a necessidade de um Estado organizado por uma Constituição capaz de promover a defesa de certos valores como a propriedade privada e a economia de mercado como

mecanismos de coordenação dos interesses individuais. (Held, 2001: 95).

O centro de gravidade da teoria política liberal gira em torno da conciliação entre três matrizes: a primeira, aquela que enfatiza o poder do Estado como força garantidora da coesão e unidade social, a segunda aquela que enfatiza as forças do livre mercado e dos direitos exercidos pelos indivíduos, e a terceira aquela que dá ênfase à formação da vontade coletiva, como mecanismo de integração da comunidade. Cada uma dessas três vertentes pode ser associada a um modelo de pensamento, respectivamente, Hobbes, Locke e Rousseau³². Estas três vertentes relacionam-se dinamicamente encontrando em cada um dos autores citados seus expoentes mais destacados.

A concepção hobbesiana parte da preocupação com a necessidade de estabelecer um poder capaz de estabelecer a ordem social e política como forma de garantir as liberdades

³² Boaventura de Sousa Santos associa as três vertentes ao “pilar da regulação”, como característica da modernidade: “O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido sobretudo por Locke e por Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que domina toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros do mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações” (Sousa Santos, 2000: 30)

individuais. Até então, no estado pré-social, no estado de natureza hobbesiano, vigora a guerra de todos contra todos, sendo o homem o lobo do homem. Nessas condições, é impossível cogitar do exercício de direitos, já que vigora a lei do mais forte.

Como se vê, ao justificar o exercício do poder através da figura do todo-poderoso Leviatã, resultou da concepção de Hobbes um modelo de organização social que pende para o lado do Estado.

Em formulação diversa, Locke no seu “tratado do governo civil” enfatiza o importância da proteção da propriedade como forma de fundamentação do contrato social. Assim,

o objetivo da sociedade civil é o bem dos indivíduos. O estado de natureza é um estado de insegurança, e isso faz com que os homens renunciem a uma parte de sua liberdade para ter maior segurança. Os homens se unem em sociedade para defender a própria vida, a liberdade, os haveres. Por isso, ao reunir-se em sociedade, os homens renunciam só ao poder de defender-se, mas não ao direito à vida e à propriedade.(Rovighi, 2000: 248).

De modo diverso, a concepção de Rousseau para a liberdade passa pela distinção entre a liberdade natural e a liberdade convencional. Para ele, o “contrato social” é uma necessidade imposta pela realidade fática³³. Rousseau entende que

...como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto. (Rousseau, 1997: 69)

Desde que o indivíduo na modernidade aparece como unidade mínima, impõe-se a necessidade de encontrar um mecanismo que permita a reintegração das partes fragmentadas. Isto é possível a partir da união dos planos individuais de ação em torno de um procedimento integrativo. A este procedimento corresponde a imagem do “contrato

³³ O Contrato Social trata em seu livro I da passagem do estado de natureza ao estado convencional. “O Homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros ... A ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Tal direito, no entanto, não se origina da natureza: funda-se portanto, em convenções” (Rousseau, 1997: 53-54)

social”, sem o qual os indivíduos estariam destinados a perseguir egoisticamente os seus projetos individuais em uma situação de “guerra de todos contra todos” (Galuppo, 2004 : 344). Explica Rousseau que

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. (Rousseau, 1997: 69 -70)

Nesta perspectiva, não existe possibilidade de estabelecer critérios matérias que justifiquem a união dos homens. O que existe é apenas o interesse formal de viver em sociedade para obter a colaboração mútua, (Galuppo, 2004 : 344).

Nesse sentido, o contrato social seria a expressão de uma “vontade geral”, entendida como a representação de um interesse comunitário³⁴. É fácil perceber que a idéia de

³⁴ Para Rousseau, “Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os a-mais e

liberdade em Rousseau está mais próxima do ideal de virtude cívica.

8 – Uma Teoria da Justiça: a idéia de justiça como equidade

Retomando a tradição liberal, e buscando articular as forças de Estado, Mercado e Comunidade, apresenta-se o modelo elaborado por John Rawls. A concepção de Justiça como equidade, elaborada por John Rawls. Rawls é exposta em “*A Theory of Justice*”, livro publicado em 1971, havendo influenciado decisivamente desde então, o debate sobre política e democracia nos meios acadêmicos. Herdeiro da tradição liberal, Rawls tem como perspectiva fundamental apresentar uma teoria política adequada ao pluralismo das sociedades contemporâneas.

os a-menos que nela se destroem mutuamente, resta como soma das diferenças, a vontade geral. (Rousseau, 1997: 91-92) “Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de cidade e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes”. (Rousseau, 1997: 71)

A formulação liberal de Rawls representa a versão do liberalismo mais influente nas discussões de filosofia política contemporânea. O liberalismo de Rawls tem como categorias principais as noções de justiça, equidade e direitos individuais tendo em Kant a sua matriz filosófica mais influente.

A proposta de Rawls é estabelecer uma ética que defenda a prioridade da justiça sobre o bem, opondo-se radicalmente às concepções liberais de inspiração utilitarista³⁵. Para Rawls,

... parece pouco provável que pessoas que se vêem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que pode exigir para alguns, expectativas de vida inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Uma vez que cada um busca proteger seus próprios interesses, sua capacidade de promover sua concepção do bem, ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim

³⁵ O utilitarismo é aquela concepção segundo a qual “a sociedade, ... não tem nenhum direito de interferir em qualquer questão inerente à esfera interna da vida de qualquer indivíduo, e tem apenas um direito condicional de interferir em assuntos sociais envolvendo interações entre várias pessoas. Neste último caso, a norma de conduta da sociedade deve ser o princípio da utilidade ou o princípio da maior felicidade. A sociedade deve agir apenas com a finalidade de promover a maior felicidade do maior número possível. Quando a intervenção não servir àquele propósito utilitário, a sociedade não tem o direito de se impor sobre os indivíduos”. (Wolff, 1989: 13)

de causar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximiza a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para a vantagem mútua. Parece ser inconsistente com a idéia de reciprocidade implícita na noção de uma sociedade bem-ordenada. (Rawls, 1997: 15-16)

8.1 – Posição original e escolha racional: O véu de ignorância

Quando Rawls elabora a sua teoria da justiça, ele imagina que as pessoas na posição original, uma situação hipoteticamente imaginada, estariam sob um véu de ignorância com a incumbência de elaborar os princípios que devem informar a estrutura básica da sociedade. Rawls não desconhece o pluralismo que marca as sociedades

contemporâneas. Dado o fato do pluralismo, e as diferentes religiões, crenças concepções de vida, etc., é necessário estabelecer um referencial de justiça que possa ser legitimado por uma práxis de cooperação social.

O véu de ignorância seria a garantia de que as pessoas não saberiam o que seriam na sociedade futura, se brancas ou negras, se homens ou mulheres, se ricos ou pobres e assim por diante.

Para Rawls,

Uma característica da justiça como equidade é a de conceber as partes na situação inicial como racionais e mutuamente desinteressadas. Isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos com apenas certos tipos de interesses, por exemplo, riquezas, prestígio e poder. Mas são concebidas como pessoas que não têm interesse nos interesses das outras. Elas devem supor que até seus objetivos espirituais podem sofrer oposição, da mesma forma que os objetivos dos que professam religiões diferentes podem sofrer oposição (Rawls, 1997: 15)

Na posição original,

Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade. Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade eqüitativa, pressupondo por ora que esse problema de escolha tem uma solução, determina os princípios da justiça (Rawls, 1997: 13)

A estrutura básica da sociedade refere-se ao modelo através do qual as instituições sociais, políticas e econômicas se comportam em relação aos indivíduos, atribuindo-lhes direitos e deveres. Assim, uma sociedade bem ordenada será aquela na qual se verifique uma concepção pública de justiça aceita por todos, especialmente no que se refere aos princípios de justiça, e portanto as instituições políticas, econômicas e sociais são reconhecidas publicamente como justas.

A idéia de posição original em Rawls, apresenta-se como ponto de partida para a teoria da justiça como equidade. Tem

como peculiaridade o fato de associar a questão da justiça a um processo de escolha racional³⁶.

Se por um lado as perspectivas contratualistas recorrem à imagem do contrato como capaz de promover a passagem do estado de natureza para o estado de direito, por outro lado, Rawls recorre ao dispositivo procedimental da posição original para justificar a sociabilidade inerente à sociedade concebida como um sistema justo de cooperação entre pessoas livres e iguais.

Explica Rawls:

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original, não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva de cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que

³⁶ A teoria da escolha racional é “...geralmente tematizada pela teoria dos jogos em economia e por teorias políticas de inspiração hobbesiana, postula que a ação humana pode ser entendida através de cálculos racionais que levam em conta seus interesses próprios (*self-interests*) sem pressupor um comportamento moral, mas antes cotejando, por exemplo, as configurações de custo e benefício, competitividade e cooperação, na formulação de um plano racional para o indivíduo inserido numa coletividade em que se dá o jogo político” (Oliveira, 2003: 15)

ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão em uma condição semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Pois dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações mutuas, essa situação original é equitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capazes, na minha hipótese, de um senso de justiça. A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos.” (Rawls, 1997: 13-14)

O véu de ignorância é o mecanismo que garante a imparcialidade e a neutralidade na posição original de uma sociedade regida pela justiça como equidade. Através dele é

assegurado que as concepções individuais do bem, talentos e posição social não determinam a escolha dos princípios de justiça.

8.2– Os princípios de justiça

Caracterizada a posição original, Rawls pergunta: que princípios devem ser escolhidos pelos indivíduos na posição original para governar uma sociedade justa?

Lembrando que uma sociedade justa é aquela que adota o referencial da “justiça como equidade”, Rawls entende que os princípios norteadores de uma sociedade justa são aqueles aceitos por “...pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses... numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação” (Rawls, 1997: 12). Tais princípios além de fundamentar o acordo social inicial, regulam também todos os acordos subsequentes, especificando “... os tipos de

cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer” (Rawls, 1997: 12).

A originalidade de Rawls está em excluir desde logo da concepção da “justiça como equidade” o princípio da utilidade, que tanta influência havia logrado até então no pensamento liberal³⁷. Nesse sentido, Rawls é enfático ao considerar que o princípio da utilidade é inconsistente com o ideal de reciprocidade presente em uma sociedade bem ordenada:

À primeira vista, parece pouco provável que pessoas que se vêem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que pode exigir para alguns expectativas de vida inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Uma vez que cada um busca proteger seus próprios interesses, sua capacidade de promover sua concepção do bem, ninguém

³⁷ O utilitarismo tem como expoentes nomes como Jeremy Bentham, Henry Sidgwick, e John Stuart Mill. Este último talvez com maior poder de influência nas formulações liberais: Para Mill, na feliz síntese de Wolff “A sociedade, ..., não tem nenhum direito de interferir em qualquer questão inerente à esfera interna da vida de qualquer indivíduo, e tem apenas um direito condicional de interferir em assuntos sociais envolvendo interações entre várias pessoas. Neste último caso, a norma de conduta da sociedade deve ser o princípio da utilidade ou o princípio da maior felicidade. A sociedade deve agir apenas com a finalidade de promover a maior felicidade do maior número possível. Quando a intervenção não servir àquele propósito utilitário, a sociedade não tem o direito de se impor sobre os indivíduos. (Wolff, 1989: 13). Para uma análise detalhada do utilitarismo e o princípio da maior felicidade ver Mill, 2000.

tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximiza a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos (Rawls, 1997: 15-16).

Preocupado em elaborar uma concepção de justiça capaz de viabilizar eqüitativamente a cooperação entre cidadãos livres e iguais, Rawls apresenta dois princípios elementares:

a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, Segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da

sociedade.

Os dois princípios de justiça regulam a distribuição de bens entre os membros de uma sociedade, independentemente de quaisquer diferenças de sexo, raça, religião, projetos de vida ou concepção do bem (Oliveira, 2003: 17).

O primeiro princípio representa o princípio da igual liberdade (*equal liberty principle*), e o segundo princípio divide-se em dois: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades (*fair equality of opportunities*) e o princípio da diferença (*difference principle*) (Oliveira, 2003: 18).

O primeiro princípio representa o compromisso liberal de atribuição igualitária das liberdades fundamentais tais como as liberdades políticas (votar e ser votado) as liberdades de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades da pessoa física, etc (Oliveira, 2003:19).

De outra sorte, o segundo princípio representa a preocupação com o ideal de justiça distributiva, já que

como todos possuem os mesmos direitos e deveres, as desigualdades (de riqueza e autoridade, por exemplo) são

justas, fair, eqüitativas, na medida em que promovem benefícios para todos, em particular para os menos privilegiados”³⁸ (Oliveira, 2000: 19)

Rawls considera que da análise conjugada entre o primeiro e o segundo princípios, o princípio da igual liberdade tem precedência sobre o princípio da diferença (Rawls 2000: 47-48). Este entendimento traduz o ideal rawlsiano da primazia do justo sobre o bem, típico dos modelos deontológicos (Oliveira, 2003: 18).

Desde “Uma Teoria da Justiça” até os escritos tardios, o pensamento de Rawls passa por um claro processo de evolução. Com efeito, Rawls abandona a perspectiva de escolha racional que tão enfaticamente marca os seus escritos, para evoluir para a perspectiva de um “consenso sobreposto”, fruto de um construtivismo político desenvolvido no seu “Liberalismo Político”. Para ele agora, os princípios seriam selecionados e não exatamente escolhidos.

A proposta de John Rawls em “Liberalismo Político” consiste fundamentalmente em desenvolver um modelo capaz

³⁸ Vem daí a fundamentação do sistema de cotas a partir do referencial liberal da justiça como equidade.

de abarcar as diferentes doutrinas religiosas, filosóficas e morais através de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*). Para isso, Rawls desenvolve a noção de “razão pública”, como forma de manifestação da manutenção da estabilidade e justiça em uma sociedade marcada pela diferença.

Nesse sentido, Rawls entende que os cidadãos no próprio exercício de suas liberdades fundamentais, dado o ponto de vista de suas respectivas doutrinas abrangentes, entendem a sua concepção política como compatível, ou ao menos não em conflito com as outras doutrinas existentes na sociedade. Assim,

a razão pública – o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça – agora é mais bem orientada por uma concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar. (Rawls, 2000:52-53).

Apesar da evolução do pensamento de Rawls, desde “Uma Teoria da Justiça” chegando no “Liberalismo Político”, observa-se como constante a tentativa de fundamentação de um

modelo de vida que por ser estabelecido desde o ponto de vista do indivíduo, caracteriza-se pelo individualismo e solipsismo egoístico. Ou seja, a formulação rawlsiana é marcada por um profundo monologuismo, carecendo de abertura dialógica e um certo desprezo pelo poder da atividade política, em um processo designado por Chantal Mouffe como “evasão do político”. Assim,

a pretensão liberal de que um consenso racional universal poderia ser alcançado através de um diálogo isento de distorções, e de que a livre razão pública poderia garantir a imparcialidade do estado, só é possível ao preço de negar o irreduzível elemento do antagonismo presente nas relações sociais; o qual pode gerar consequências desastrosas para a defesa das instituições democráticas. negar o político não o faz desaparecer, só pode conduzir-nos à perplexidade quando nos enfrentamos a suas manifestações e à impotência quando queremos tratar com elas. (Mouffe, 1999: 190)

9 – O republicanismo comunitarista como crítica ao liberalismo: a questão da contextualização histórico-social

Apresentando nítida influência republicana, a escola comunitarista notabilizou-se pelas críticas à perspectiva liberal, notadamente ao modelo de John Rawls.

A expressão “comunitarista” designa um grupo de autores de língua inglesa (Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Charles Taylor e Michael Walzer) que participando do debate político e moral questiona o individualismo e o formalismo presentes na tradição política liberal. (Gómez-Muller, 2004: 652)

O ponto principal consiste em questionar a tese liberal da primazia do justo sobre o bem. Para os comunitaristas, não é possível falar em justiça, sem considerar a importância do bem comunitário.

Para os comunitaristas,

a ética deve ser subordinada à moral (ou à teoria da justiça), na medida exata em que a coexistência entre a pluralidade de concepções particulares do bem simbólico não pode ser fundada senão sobre a universalidade do justo. Ora, é precisamente essa universalidade que é em primeiro lugar questionada pelos comunitaristas. (Gómez-Muller, 2004: 652-653)

Ainda que existam certas variações de autor para autor, dois temas são recorrentes: em primeiro lugar, o questionamento da tese liberal da neutralidade no que se refere às diferentes concepções de vida; em segundo lugar o entendimento liberal do universal como processo de determinação da organização social (Gómez-Muller, 2004: 653).

Questionando o postulado liberal da primazia da justiça sobre o bem, o comunitarismo através de seus mais relevantes autores, destacam em uníssono a importância da contextualização histórico-social do indivíduo. Com isso, o ideal do indivíduo universal abstrato capaz de escolher racionalmente em qualquer tempo e lugar o mesmo modelo de organização social, é para os comunitaristas antes um mito do

que uma realidade plausível. Para os comunitaristas, qualquer possibilidade de instauração de uma sociedade justa depende necessariamente da observação das tradições partilhadas pela comunidade e pela história comum dos indivíduos. Para os comunitaristas, cada grupo humano tem seus próprios referencias do que seja o bem comum e a justiça, e por isso os pactos que fundam uma sociedade são únicos, impossíveis de serem repetidos.

É sintomático nesse sentido, perceber em Alasdair MacIntyre uma preocupação com a busca da virtude (“After Virtue”)³⁹. Para MacIntyre, a busca da vida boa nunca depende exclusivamente de considerações individuais. De modo diverso, a particularidade moral de um indivíduo é herança de um passado da família, da cidade, da tribo, da nação e de uma certa variedade de débitos, patrimônios, expectativas e obrigações legítimas (MacIntyre, 2001: 370) Assim, toda

³⁹ A expressão “*after virtue*” é traduzida primariamente como “depois da virtude”, mas pode também ser traduzida como “em busca da virtude”. Entendida desta forma, o comunitarismo de MacIntyre revela uma clara conexão com o ideal aristotélico de vida em comunidade. (Galuppo, 2004: 340)

identidade individual traz uma carga histórica e social impossível de ser desconsiderada⁴⁰.

Idêntica é a observação de Michael Walzer que na elaboração do conceito de “igualdade complexa” não deixa de considerar a importância da contextualização histórica e social dos bens nas diferentes “esferas de justiça”.

No que se refere à justiça distributiva por exemplo, Walzer considera que o lugar de cada um na ordem política, a reputação de cada um entre os colegas e mesmo os bens materiais de cada um, são sempre atribuídos às pessoas por outros homens e mulheres através de uma certa variedade de procedimentos, agentes e critérios distributivos socialmente estabelecidos (Walzer, 1983: 3).

Como afirma Walzer, não existe um modelo único e

⁴⁰ Para MacIntyre, “É provável que essa idéia pareça estranha e até surpreendente do ponto de vista do individualismo moderno. Do ponto de vista do individualismo, sou o que eu mesmo escolhi ser. Sempre posso, se quiser, questionar o que se acredita serem as características sociais contingentes da minha existência. Posso ser filho biológico do meu pai; mas não posso me responsabilizar pelo que ele fez, a não ser que decida implícita ou explicitamente assumir tal responsabilidade. Posso ser cidadão legal de determinado país; mas não posso me responsabilizar pelo que meu país faz ou fez, a não ser que eu decida implícita ou explicitamente assumir tal responsabilidade. [...] o inglês que diz ‘nunca fiz mal nenhum à Irlanda; por que lembrar essa velha história como se eu tivesse alguma coisa a ver com isso?’ ou o jovem alemão que acha que ter nascido depois de 1945 significa que o que os nazistas fizeram com os judeus não tem importância moral para seu relacionamento com seus contemporâneos judeus, todos exibem a mesma postura, segundo a qual o eu é destacável de seus papéis e status sociais e históricos. [...] Nasci com um passado; e tentar me isolar desse passado, à maneira individualista, é deformar meus relacionamentos presentes. A posse de uma identidade histórica e a posse de uma identidade social coincidem. Vale notar que a rebelião contra minha identidade é sempre um modo possível de expressá-la.” (MacIntyre, 2001: 370-371).

simplificado deste mundo de arranjos e ideologias distributivas. Para Walzer, nunca, em tempo algum existiu uma fórmula universal para tais intercâmbios. (Walzer, 1983:4)

Assim, para Walzer, a Justiça é uma construção humana sendo questionável sua possibilidade de realizá-la de uma única forma. A conclusão a que se segue é que os princípios de justiça são plurais; os bens socialmente existentes devem ser distribuídos por diferentes razões, de acordo com diferentes procedimentos e por diferentes agentes. Todas essas diferenças derivam dos diferentes entendimentos sobre os bens sociais⁴¹,

⁴¹ Quando Walzer elabora a sua teoria dos bens, ele observa que usualmente as teorias da justiça distributiva trabalham de acordo com a seguinte fórmula: As pessoas distribuem bens para (outras) pessoas. Como o próprio Walzer percebe, aqui nesta frase, “distribuir” significa alocar, trocar, e assim por diante, e o foco principal das atenções está nos indivíduos que se encontram nas duas pontas desse processo, não exatamente nas condições de produtores e consumidores, mas simplesmente na condição de agentes distribuidores e recebedores de bens. (Walzer, 1983:6) A crítica de Walzer dirige-se ao fato de que quase sempre o interesse analítico deste processo repousa exclusivamente sobre as pessoas que dão e recebem bens. Raras vezes são consideradas questões tais como a natureza das pessoas, os direitos das pessoas, as necessidades, desejos e merecimentos de cada um. As respostas a tais questões bem podem ajudar na formulação de princípios distributivos que se mostrem mais adequados à realidade dos fatos. Por este motivo, Walzer propõe uma descrição mais complexa e precisa do processo distributivo, formulado nos termos seguintes: As pessoas concebem e criam bens, os quais são distribuídos entre elas. Como é possível perceber, a concepção e a criação dos bens antecede a sua distribuição. Ou seja, os bens não aparecem simplesmente em mãos de agents prontos para distribuí-los em consonância com um princípio geral qualquer. Como enfatiza Walzer, cada um dos bens, com os seus respectivos significados sociais, são inicialmente concebidos mentalmente antes mesmo de serem distribuídos. Há que se destacar ainda que a compreensão do significados dos bens é crucial para compreender as relações que se desenvolvem em um grupo social específico. Assim, qualquer processo distributivo é construído em consonância com as concepções dominantes sobre a importância e a finalidade de cada um dos bens postos em distribuição (Walzer, 1983: 67). Walzer não nega a importância do agir humano, mas sugere que sejam enfatizados no processo de distribuição não o ato em si, mas a concepção e criação dos bens. Para isso, Walzer propõe a elaboração de uma teoria dos bens que pode ser resumida em seis proposições: 1 – Todos os bens com os quais a

consequência inevitável do particularismo histórico e cultural.
(Walzer, 1983: 5-6)

Este é também o ponto de vista de Michael Sandel ao discutir o “liberalismo e os limites da justiça”. Para Sandel, é preciso denunciar que a versão do liberalismo ora em voga no debate político-moral e na filosofia política é passível de consideráveis objeções. Na verdade, assim como os demais comunitaristas, o ponto central da sua crítica está na concepção universalista do indivíduo desprovido de

justiça distributiva se preocupa são bens sociais, não podendo ser idiosincraticamente avaliados. Os bens existentes no mundo possuem significados compartilhados porque a concepção e criação de tais bens são processos sociais. Não é por outro motivo que os bens possuem diferentes significados nas diferentes sociedades; 2 – Homens e mulheres adquirem identidades concretas em virtude do modo como concebem e criam bens, e assim, possuem e empregam os bens sociais. O processo distributivo não pode ser compreendido como atos de homens e mulheres que não possuem bens em suas mentes ou em seu poder. Na verdade, as pessoas envolvidas em um processo distributivo apresentam toda uma história de transações não apenas com o outro, mas também com o mundo material e moral em que vive. Na percepção de Walzer, é preciso considerar tais históricos também no processo distributivo; 3 – Não existe um conjunto de bens primários ou básicos que possa ser concebido para todos as situações morais ou materiais. Ainda que existisse tal possibilidade, tal formulação seria tão abstrata que impediria a sua aplicabilidade em casos concretos. Como percebe Walzer, mesmo aqueles bens que são aparentemente necessários em qualquer contexto, como a comida e o alimento por exemplo, pode adquirir sentidos diversos a depender do contexto. O pão, por exemplo, pode ser entendido como o corpo de Cristo, o símbolo sabático ou mesmo significar puramente hospitalidade, e assim sucessivamente (Walzer, 1983:8) 4 – É o significado dos bens que determina a sua movimentação. Critérios distributivos e arranjos diversos não são intrínsecos ao bem em si, mas ao bem enquanto inserido em um contexto social. A compreensão do verdadeiro significado social do bem, aponta para o modo, os agentes e a necessidade de sua distribuição. Assim, toda distribuição será justa ou injusta em virtude do significado social do bem em questão. 5 – Os significados sociais dos bens são historicamente situados, e por isso a idéia de distribuição justa ou injusta varia no tempo e no espaço (Walzer, 1983:9). 6 – Sendo os significados dos bens distintos, é razoável admitir que os processos distributivos devem ser autônomos. Ou seja, cada bem constitui uma esfera dentro da qual apenas alguns critérios e arranjos são apropriados. Assim, como percebe Walzer, o dinheiro é inapropriado na esfera eclesial, sendo uma intrusão de uma esfera diversa, assim como a piedade não é adequada ao Mercado.

concepções particulares do bem, tese fundamental que inspira a posição original e sistema liberal de John Rawls.

A primeira objeção apontada por Sandel é aquela de ordem sociológica. Na verdade, a elaboração de uma teoria da justiça coerente precisa levar em consideração a influência dos condicionamentos sociais como forma de modelar valores individuais e arranjos políticos. Nesse sentido, a neutralidade pretendida pelo liberalismo é impossível. Tanto mais se lembrarmos que toda ordem política corporifica certos valores prevalentes na sociedade. Os indivíduos, por viverem em sociedade estão a todo instante manifestando seus desejos e inclinações. Assim, idéia de prioridade do sujeito, tão cara ao liberalismo leva no fundo, ao individualismo, que inviabiliza a manifestação das virtudes cooperativas, como altruísmo e benevolência. Por isso, a idéia de uma sociedade fundada em princípios neutros é a falsa promessa do liberalismo⁴².

⁴² “The first might be called the sociological objection, for it begins by emphasizing the pervasive influence of social conditions in shaping individual values and political arrangements. It claims that liberalism is wrong because neutrality is impossible, and that neutrality is impossible because try as we might we can never wholly escape the effects of our conditioning. All political orders thus embody **some** values; the question is **whose** values prevail, and gains and loses as a result. The vaunted independence of the deontological subject is a liberal illusion. It misunderstands the fundamentally ‘social’ nature of man, the fact that we are conditioned beings ‘all the way down’. There is no point of exemption, no transcendental subject capable of standing outside society or outside experience. We are at every moment what we have become, a concatenation of desires and inclinations with nothing left over to inhabit a noumenal realm. The priority of the subject can

A segunda objeção refere-se à tese da prioridade da justiça sobre o bem e a inspiração kantiana da formulação de Rawls.

Parece oportuno ressaltar que as perspectivas comunitaristas têm o grande mérito de jogar luzes sobre os aspectos históricos e culturais de uma sociedade, fortalecendo o debate sobre o seu pacto fundamental no âmbito da esfera pública.

De qualquer sorte, o comunitarismo parece mais adequado para explicar a fundamentação do pacto social naquelas sociedades onde existam uma certa unidade e homogeneidade notadamente no que se refere aos aspectos éticos e culturais.

Quando falta esta unidade, o comunitarismo já não consegue dar respostas satisfatórias para a fundamentação de uma sociedade marcada pela fragmentação. Talvez por isso, as concepções liberais tenham ganho espaço no debate atual.

*only mean the priority of the individual, thus biasing the conception in favor of individualistic values familiar to the liberal tradition. Justice only **appears** primary because this individualism typically gives rise to conflicting claims. The limits of justice would therefore consist in the possibility of cultivating those co-operative virtues, such as altruism and benevolence, that render conflict less pressing. But these are precisely the virtues least likely to flourish in a society founded on individualistic assumptions. In short, the ideal of a society governed by neutral principles is liberalism's false promise" (Sandel, 1998:11 grifos do autor).*

Considerando o pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, o liberalismo acabou por conquistar definitivamente os espaços de teoria social e política da modernidade.

10 – A questão da primazia

Se por um lado os liberais enfatizam a primazia da justiça sobre o bem, por outro lado os comunitaristas enfatizam a primazia do bem sobre a justiça.

Com efeito, o comunitarismo desponta como uma teoria satisfatória para aquelas sociedades onde não exista um elevado grau de diferenciação social, caracterizada por uma certa homogeneidade política. Para essas sociedades, a concepção do bem comum antecede qualquer concepção de justiça.. Daí a opção comunitarista de priorizar a igualdade sobre a liberdade.

As sociedades contemporâneas porém, estão muito distantes do referencial de homogeneidade que caracterizava as sociedades antigas. As sociedades dos nossos dias são

marcadas pelo pluralismo e pela diversidade. Dada a necessidade de garantir a realização dos diferentes projetos de vida fruto das diferentes concepções individuais, o liberalismo estabelece a prioridade da liberdade sobre a igualdade.

Como resultado dessa diversidade de concepções, a idéia de tolerância adquire diferentes significados, conforme se adote a perspectiva liberal ou comunitarista. Assim, para os liberais, tolerância significa respeito para com as diferentes concepções individuais do bem. Por sua vez, o comunitarismo enxerga a tolerância como significado de respeito para com as diversas concepções grupais do bem.

É preciso considerar que a concepção da justiça como equidade como expressão liberal traz nas suas fórmulas universalizantes um mecanismo que acaba por encobrir as diferenças culturais e étnicas existentes na sociedade. Daí a crítica comunitária de que o universalismo liberal não pode servir de fundamentação última dos princípios que informam o funcionamento da sociedade. Tais princípios devem ser relativizados e contextualizados nas especificidades de cada grupo em particular.

Por outro lado, isto não significa que a fórmula comunitária é a mais adequada para a fundamentação do pacto social nas sociedades contemporâneas, pois como lembra Marcelo Neves, “Contra o modelo comunitarista, pode-se contrapor o argumento tradicional de que uma elevação dos valores grupais, sejam esses de preferência ou de identidade, a critério de legitimação última da ordem político-jurídica, impede qualquer possibilidade de crítica conseqüente a regimes totalitários de base étnica ou nacionalista. Além do mais, cabe enfatizar que a concepção comunitarista, na sociedade global supercomplexa e culturalmente heterogênea de hoje, mostra-se profundamente inadequada. Não apenas entre as diversas fronteiras estatais destaca-se uma forte diversidade de valores e etnias, mas também no âmbito do território de cada Estado estão presentes os mais diversos valores grupais, que, em regra, encontram-se em relação de conflito”. (Neves, 2001: 340-341) “A partir desse fato inegável, parece-me equivocada uma fundamentação **ética** (referente a auto-realização do grupo ou às suas preferências) ou ‘étnica’ (referente à identidade do grupo) dos sistemas político e jurídico, sejam estes estatais ou supra-estatais, e

sobretudo da sociedade mesma. Diante da diversidade cultural e étnica da sociedade global de hoje, até mesmo dentro dos respectivos territórios estatais, a insistência num modelo comunitarista da ordem político-jurídica impede uma análise consistente e um tratamento adequado dos problemas estruturais da sociedade global de hoje, relacionando-se, no plano da prática política. Com formas de nacionalismos étnicos e fundamentalismos religiosos que são incompatíveis com o estado democrático de direito”.(Neves, 2001: 341)

Ainda é Neves quem considera: “... o multiculturalismo extremo, ao enfatizar a diversidade de valores e etnias que caracterizam a sociedade hodierna, também não é capaz de oferecer qualquer modelo conseqüente para o tratamento jurídico-político das diferenças culturais. Ao partir, empiricamente, do fato de que diversas culturas estão presentes na sociedade, sustenta, normativamente, que as diversas identidades grupais devem ser respeitadas, de tal maneira que qualquer restrição à identidade de um grupo étnico ou cultural é concebida como injustificável. O fato que não é tomado suficiente e adequadamente em consideração pelo multiculturalismo extremo é que as diversas identidades

grupais estão freqüentemente em conflito, muitas vezes de forma destrutiva para o Estado e a sociedade. [...] Na crítica ao multiculturalismo radical observa Alain Touraine com razão, que ‘não há sociedade multicultural possível sem o recurso a um princípio universalista que permita a comunicação entre os indivíduos e os grupos social e culturalmente diferentes’. Em consonância com isso, enfatiza que ‘é necessário rejeitar com a mesma força uma concepção jacobina de cidadania e um multiculturalismo extremo que rejeita todas as formas de cidadania’”

Como se percebe, a busca por uma alternativa capaz de proporcionar um equilíbrio entre os extremos pode ser bastante interessante para o desenvolvimento da democracia contemporânea. Tal alternativa teria que combinar as virtudes tanto do liberalismo como do comunitarismo, proporcionando de um lado, a observância da contextualização sócio-histórica na qual se inscreve o indivíduo, e de outro lado, adotando princípios de universalização que permitam a convivência entre pessoas diferentes.

11 – Constituição e hermenêutica: o papel do juiz constitucional

Percebe-se modernamente a caracterização das Constituições como estatuto político e jurídico do poder. Desde o advento do constitucionalismo, ficou claro o relevante papel a ser desempenhado pelas Constituições na disciplina das relações de poder no âmbito do Estado. O espaço de exercício da cidadania encontra então seus limites estabelecidos pela Constituição.

A expressão Constituição é essencialmente multívoca, suscitando longo debate doutrinário. Impõe-se com isso a delimitação semântica da expressão

A idéia de Constituição em sentido amplo sempre existiu. Já Aristóteles na sua “política” se referia à Constituição da Pólis, as Cidades-Estado gregas. Neste sentido, não é exagero admitir que desde as mais remotas épocas, quando as comunidades humanas se agrupavam em tribos e clãs, houve Constituição, estabelecendo os limites da

atuação do poder dominante, segundo o velho brocardo latino *ubi societas ibi jus*.

Em sentido restrito no entanto, a idéia de Constituição é bem mais recente. A Constituição do Estado Liberal Moderno é uma das mais eloqüentes conquistas das revoluções burguesas ocorridas há pouco mais de dois séculos. A noção de Constituição como objeto de uma disciplina autônoma prescreve a organização dos poderes do Estado, seu exercício, regras de investidura bem como relacionamento entre o poder do Estado e a sociedade.

São freqüentes as tendências parcializantes quanto à análise da Constituição enquanto fenômeno jurídico. Inúmeras são as abordagens acerca da constitucionalidade, ensejando o debate entre uma diversidade de correntes de pensamento, que pecam na maioria das vezes pelo reducionismo unilateralista de que se revestem.

Para Schmitt a Constituição consiste em uma decisão de fundo e de forma sobre uma determinada organização política⁴³.

⁴³ Schmitt, 1961:23 ss. A Constituição positiva para Schmitt seria tão somente a decisão política fundamental do titular do poder constituinte capaz de organizar a realidade do Estado. É dentro desta perspectiva que o autor distingue Constituição de leis constitucionais, dizendo respeito a

Em Lassalle, a Constituição torna-se a soma dos reais fatores de poder que regem a sociedade. Neste caso, é atribuído à Constituição um aspecto de ordem preponderantemente fático-social, sendo a Constituição escrita não mais que um mero pedaço de papel ⁴⁴.

De outra sorte, entende Kelsen que a Constituição é uma norma pura, um puro “dever-ser”⁴⁵. Esforça-se o autor em elaborar uma teoria da validade normativa argumentando que toda norma possui um fundamento de validade. Não é por outro motivo que é estabelecida em Kelsen a distinção entre Constituição em sentido lógico-jurídico e Constituição em sentido jurídico-positivo. A Constituição em sentido lógico-jurídico consiste em uma norma fundamental pressuposta (*Grundnorm*), cuja principal função é dar coerência teórica e

Constituição às decisões acerca da forma de Estado, forma de Governo e Regime Político, restando às demais normas encontradas no bojo do documento constitucional simplesmente a qualidade de leis constitucionais. Perceba que também aqui prevalece a decisão do constituinte em fazer com que as leis constitucionais integrem o documento constitucional em seu conjunto. Não são porém tais leis consideradas Constituição no sentido a que se refere Schmitt. Constituição aqui é sinônimo de decisão política fundamental.

⁴⁴ Lassalle, 1957:14 ss. Em célebre conferência, Ferdinand de Lassalle interpreta que o documento escrito, o texto constitucional propriamente dito nada mais é do que um pedaço de papel, onde se encontram reduzidos por escrito os “fatores reais de poder que regem em uma sociedade determinada.”

⁴⁵ Contra o sincretismo metodológico na ciência do direito, insurge-se Kelsen propondo o expurgo de todos aqueles elementos que não sejam essencialmente encontrados no âmbito do direito. Kelsen, 1987: Prefácio. A juridicidade decorreria assim de um processo interpretativo fundado em um dever-ser normativo.

fechamento racional à teoria kelseniana. Em sentido jurídico-positivo a Constituição consiste no primeiro momento de criação do direito, no escalão hierárquico mais elevado do ordenamento jurídico, fundamento de validade de toda a legislação infra-constitucional. A Constituição em sentido lógico-jurídico é então, extra-sistêmica; a Constituição em sentido jurídico-positivo é intra-sistêmica. Ambas atuam como instrumentos de validação do direito posto (cf. Kelsen, 1997: 273 ss).

Vê-se daí que a Constituição é um fenômeno multidimensional, onde os seus diversos aspectos, o jurídico-positivo, o fático social e o axiológico, não são elementos que se somem um ao outro, mas de modo diverso, se entrelaçam dialeticamente na composição do Estado. Como decorrência da tensão existente entre esta multidimensionalidade constitucional, momentos existem em que uma das dimensões prepondera sobre as demais, contribuindo decisivamente para o aparecimento das assimetrias constitucionais, caso em que as

exigências de uma dimensão não encontra seu correspondente nas demais⁴⁶.

Uma tentativa de superação das interpretações constitucionais reducionistas é apresentada por Heller, representante da escola “dialético-cultural”⁴⁷, para quem qualquer Constituição incorpora uma multidimensionalidade em síntese monolítica⁴⁸. Do mesmo ponto de vista abrangente, Lourival Vilanova enxerga a Constituição do Estado Moderno como um misto de “idealidade” e “realidade” em “mútua referência” (Vilanova 1953:94 ss)⁴⁹.

Assim, a existência de uma Constituição pluralista exige uma jurisdição constitucional voltada para a garantia do “livre desenvolvimento das diversas forças sociais e políticas existentes na sociedade” (Sampaio, 2002: 72)

A noção de jurisdição constitucional tem origem a partir da compreensão da norma constitucional como norma suprema

⁴⁶ Um claro exemplo desta tensão entre as diversas dimensões constitucionais bem pode ser exemplificado pela passagem do Estado liberal ao Estado social. Naquele momento, como forma de atenuar as pressões sociais acabou por ser ampliado o rol das matérias tipicamente constitucionais, incluindo-se aqui os direitos sociais, econômicos e culturais.

⁴⁷ *Apud.* Neves, 1994:59 No mesmo sentido interpretativo, mas atribuindo à Constituição um sentido “estrutural”, ver Silva, 1982:20

⁴⁸ Na expressão textual de Herman Heller: “Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição.” (Heller, 1968:296).

⁴⁹ Vilanova refere-se aqui especificamente à idéia de “Estado” invocando a sua condição de fato cultural

no âmbito de um ordenamento jurídico. Com efeito, a teoria da jurisdição constitucional desenvolve-se para garantir à Constituição do Estado a permanência na condição de norma dotada de supremacia nas dimensões formal e material.

Como percebe José Adércio Leite Sampaio,

Intimamente ligada ao que viria ser jurisdição constitucional está a idéia de *lex fundamentalis*, sob a qual todos os compromissos e leis deveriam estar submetidos. Essa regra de superioridade de uma lei ou, conforme o caso, de uma ordem em relação às demais desafiaria, um pouco adiante, um instrumento de garantia de sua eficácia. É o que vamos encontrar em Atenas com a distinção entre *nómos* (lei superior) e *pséfisma* (aproximadamente hoje a normas infraconstitucionais). De acordo com essa distinção, modificações das *nómoi* só podiam ser feitas seguindo um procedimento extraordinariamente complicado, por meio de *nomothétes*, corpos legislativos especialmente eleitos para esse fim. (Sampaio, 2002: 24-25)

A noção moderna atribui à Constituição a característica da superioridade. Este processo resultou da necessidade da “consolidação de um sistema jurisdicional de proteção das

liberdades, que fomentaria também, ... o desenvolvimento da ‘justiça administrativa’, a permitir aos cidadãos a defesa de seus direitos contra atos lesivos da administração” (Sampaio, 2002: 36)

Contudo, na lembrança de Oscar Vilhena Vieira,

Além das funções tradicionalmente jurisdicionais, no mundo pós-liberal os tribunais têm passado a ocupar cada vez mais uma posição no sistema governativo da nação, ao serem repsonsabilizados subsidiariamente, a concretizar aquelas demandas constitucionais desprezadas pelos parlamentos e governos, no que se conceitua como omissão inconstitucional. (Vieira,2002: 40-41)

Assim,

...quatro podem ser as funções fundamentais de um tribunal constitucional dentro do constitucionalismo democrático: assegurar a continuidade do regime democrático (no sentido procedimental) corrigindo-lhe eventuais distorções; garantir a supremacia das decisões constitucionais frente as decisões políticas ordinárias, o que inclui a garantia da separação de poderes e da federação, onde houver; resguardar direitos e valores fundamentais, frente a qualquer tipo de decisão política; e, nos Estados pós-liberais, assegurar a realização

dos parâmetros de justiça substantiva incorporados pelo texto constitucional. (Vieira, 2002:41)

Mas afinal, existe algum modelo hermenêutico mais favorável à democracia? E se existe, não deveria o juiz atuar em direção a esse referencial?

Para tal fim, estariam

Os Tribunais Constitucionais e as Cortes Supremas... inteiramente subordinados às normas e aos princípios inscritos na Constituição, ou, ao contrário, os juízes podem se apoiar nos contextos ético-substantivos e tentar compensar o hiato entre a realidade constitucional e a soberania popular? As normas e os princípios do direito devem ser interpretados enquanto comandos obrigatórios ou, de outro modo, como valores que expressam preferências compartilhadas? (Cittadino, 2000: 182).

Até que ponto pode atuar o juiz constitucional sem implicar supressão de prerrogativa afeta ao poder legislativo? Pode o juiz revelar direitos não escritos? Se para uns tal prerrogativa é típica do poder legislativo, para outros, as

sociedades democráticas contemporâneas exigem cada vez mais do judiciário uma postura ativa.

O debate reflete a antiga disputa entre objetivistas e subjetivistas na hermenêutica clássica, cada uma das duas tendências a reivindicar a primazia do seu ponto de vista sobre a outra. É nítida aqui a tonalidade adquirida pela temática no que se refere aos arranjos institucionais entre a distribuição de prerrogativas entre o poder judiciário e o poder legislativo. Este tema é bastante discutido no âmbito da teoria hermenêutica ao tratar da interpretação dos textos normativos no plano da busca de uma suposta vontade do legislador, postura subjetivista que confere proeminência ao papel do Poder Legislativo, ou vontade da lei, postura objetivista que confere relevo ao papel do Poder Judiciário.

Para Oscar Vilhena Vieira

os tribunais constitucionais têm a sua função determinada, em primeiro lugar, pelo arranjo constitucional estabelecido entre democracia e constitucionalismo. Quanto mais democrático for um sistema político, no sentido de um regime onde as decisões são tomadas com base na regra da maioria, menor serão as atribuições de um tribunal

constitucional, restando a estes tão-somente a função de garantir que as regras democráticas, principalmente a igualdade dos cidadãos na tomada de decisões públicas, não sejam violadas. Em contrapartida, a função dos tribunais constitucionais, será tanto maior, quanto mais constitucionais forem os sistemas políticos, o que significa dizer, quanto maior for o número de assuntos colocados acima dos procedimentos de decisão majoritários, por intermédio da sua constitucionalização. Os regimes também serão mais ou menos constitucionais na medida da dificuldade que estabelecem para a alteração de seus textos constitucionais. Nestes casos a função dos tribunais será prevalentemente a preservação dos valores resguardados pela Constituição. Se esses valores forem entendidos como tão fundamentais, que devem estar acima de deliberações produzidas inclusive por maiorias qualificadas ou mesmo pela totalidade dos cidadãos, os tribunais ocuparão a posição de órgão máximo dentro de uma estrutura constitucional (Vieira, 2002: 40).

12 – O Enfoque da hermenêutica liberal

Na tarefa jurisdicional, o magistrado pode adotar uma certa variedade de perspectivas hermenêuticas, em busca da aplicação da norma ao caso concreto.

Do ponto de vista da hermenêutica liberal, importa adotar uma perspectiva de neutralidade orientando a prestação jurisdicional “por uma compreensão deontológica das normas e dos princípios jurídicos” (Cittadino, 2000: 183).

Nesse sentido, a preocupação de Rawls é traduzida sob a perspectiva da “Constituição-garantia”, como forma de assegurar aos indivíduos a possibilidade da realização dos projetos individuais de cada um⁵⁰. O *judicial review* enquanto, prerrogativa atribuída aos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo ou legislativo, aparece como o mecanismo mais adequado para alcançar tal

⁵⁰ Para Rawls, “...a ênfase inicial recai sobre a constituição, ao especificar um procedimento político justo e viável sem quaisquer restrições constitucionais em relação a resultados legislativos. Mas essa ênfase inicial não é, evidentemente a última palavra. As liberdades fundamentais associadas à capacidade de ter uma concepção do bem também devem ser respeitadas, e isso requer restrições constitucionais adicionais contra a violação da igual liberdade de consciência e da liberdade de associação (assim como as liberdades restantes que lhes dão garantia)”. (Rawls, 2000: 394)

fim. Assim, “... o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem” (Rawls, 2000: 284)

Daí a importância de compreender a Constituição como um sistema de direitos a serem protegidos contra maiorias eventuais que ameacem o desacordo razoável, fixando um espaço de liberdade imune a interferências externas. (Cittadino, 2000: 183).

Assim, a Constituição representa um procedimento político compatível com a concepção de justiça política, realizando os valores da “razão pública”. A essência da Constituição resta assim afastada das decisões majoritárias, sendo um procedimento que tem no povo o seu autor (Cittadino, 2000: 184). Para Rawls, o povo é quem confere o através do *judicial review* o poder que tem a Suprema Corte de declarar a inconstitucionalidade das leis (Cittadino, 2000: 184). Há que se lembrar ainda que a Suprema Corte decidindo de acordo com a “razão pública” delimita, afirma, e explicita o seu conteúdo. Assim, a Suprema Corte desempenha um duplo

papel: de um lado, cumpre uma missão educativa “situando os valores políticos no centro do debate político”, de outro lado, dá vida à “razão pública” na esfera do debate público. Como se percebe a perspectiva liberal da democracia tem no *judicial review* um importante instrumento de realização.

Esta concepção é partilhada em certa medida por Ronald Dworkin, que estabelecendo uma vigorosa defesa dos direitos individuais, constrói uma concepção segundo a qual os direitos individuais são “trunfos” que não podem ser desconsiderados pelos tribunais⁵¹. Nesse sentido, Dworkin defende que os “levar os direitos a sério” consiste em reconhecer a força normativa de tais direitos, que se expressam ora como regra, ora como princípio.

Para Dworkin,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à

⁵¹ “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.” (Dworkin, 2002: XV)

natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (Dworkin, 2002 : 39)

Continua Dworkin explicando que

essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam ... aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia (Dworkin, 2002: 42)

Resolvem-se as colisões de regras através da aplicação dos mecanismos de compatibilização horizontal e vertical de que dispõe o sistema jurídico, já que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” (Dworkin, 2002:

43). Assim, no plano horizontal, aplicam-se os critérios cronológico e o da especialidade, traduzidos respectivamente pelos brocardos latinos *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*. No plano vertical aplica-se o critério hierárquico, através do qual *lex superior derogat inferior*. No tocante ao conflito de princípios a solução será necessariamente diferente. Em havendo conflito de princípios, não é possível a aplicação dos critérios supra mencionados, pois os princípios não são de cronologia distinta e nem possuem grau de especialidade diferenciada. Expressando igualmente direitos fundamentais, também não estão em escalões normativos distintos, razão pela qual é necessário buscar outros critérios para o deslinde da questão.

Assim, no processo de interpretação da Constituição, a opção por um princípio em detrimento do outro, não provoca a sua exclusão do sistema, representando inegavelmente em uma opção diante da aplicabilidade das normas no caso concreto. Daí a expressão acertada de Bonavides para quem o conflito de regras se resolve no plano da validade, enquanto a colisão de princípios se resolve na dimensão do valor, demandando a

verificação do “peso” dos princípios em jogo (Bonavides, 1999: 251).

Para o positivismo clássico, isso significaria que a decisão nesses casos depende de uma faculdade discricionária, importando uma ponderação de valores diante do contexto a que se destina.

Dworkin porém, encontrando nos princípios jurídicos um sentido de validade deontológico, rejeita a tese da discricionabilidade dos juízes, tão cara ao positivismo clássico (Cittadino, 2000: 189-190).

Tais situações levam preferencialmente àquelas situações designadas por Dworkin de “casos difíceis” (*Hard cases*). Diante de um *hard case*, Dworkin defende a tese segundo a qual “... mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (Dworkin, 2002: 127)

Tal tarefa demandaria do juiz capacidades sobre-humanas, daí a metáfora do juiz-Hércules⁵². O juiz teria nesse caso, a difícil tarefa de reconhecer a diferença entre os “direitos preferenciais” (*ground rights*), e “direitos institucionais”. Para Dworkin os direitos preferenciais são aqueles que “fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato”, enquanto os direitos institucionais são aqueles que “oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica”. (Dworkin, 2002: 145). Dworkin exemplifica essa situação recorrendo a uma situação hipotética: “Suponhamos que minha teoria política afirme que todo homem tem direito à propriedade de outro desde que dela necessite mais. Eu posso ainda admitir que ele não tem um direito legislativo com o mesmo sentido; em outras palavras,

⁵² “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. (Dworkin, 2002: 165)

eu posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a que a presente legislatura promulgue uma lei que viole a Constituição, algo que uma tal lei presumivelmente faria. Também posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas”. (Dworkin, 2002: 145-146).

Assim como Rawls ao elaborar o conceito de “razão pública”, Dworkin entende que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição são decorrentes de princípios morais que decorrem do ideal de justiça e de equidade, fixando limites ao executivo e ao legislativo. Daí a necessidade de que

a interpretação da Constituição passe por uma “leitura moral”.
(Cittadino, 2000: 191-192)

13 – O Enfoque da hermenêutica comunitária

Se os liberais defendem o instituto do *judicial review* como mecanismo indispensável à democracia, em posição diversa estão os comunitários para quem a possibilidade de controle da legislação pelos tribunais representa uma limitação ao processo deliberativo democrático.

Para os comunitários a defesa do *judicial review* é amplamente incompatível com os desígnios de uma política de reconhecimento igualitário, sufocando as distintas identidades culturais. (Cittadino, 2000: 194).

Em severa crítica ao *judicial review*, Charles Taylor entende que o modelo adotado pela perspectiva liberal acaba por criar padrões de homogeneidade que neutralizam a

necessidade de diferenciação entre os diversos grupos sociais, reduzindo seus respectivos espaços de autonomia⁵³.

Para demonstrar a sua tese, Taylor traz a situação dos franceses de Quebec e o seu relacionamento com o Canadá inglês. A província de Quebec, como se sabe, guarda a especificidade de conservar as suas tradições francesas desde a colonização em contraste com a maioria inglesa no Canadá. Além dos conflitos de índole social, decorrentes da convivência no mesmo país entre culturas plurais distintas, o Estado canadense tem sobre si a pressão de manter a integração social. Daí a relevância das instituições democráticas e o desenvolvimento de estratégias legitimadoras como fator de coesão.

Uma dessas estratégias repousa na chamada “*notwithstanding clause*” ou cláusula não obstante. Em 1982 o Canadá estabeleceu em nível constitucional a sua carta de direitos com a finalidade de garantir os direitos fundamentais

⁵³ Para Taylor, “*The fact is that there are forms of this liberalism of equal rights that in the minds of their own proponents can give only a very restricted acknowledgment of distinct cultural identities. The notion that any of the standard schedules of rights might apply differently in one cultural context than they do in another, that their application might have to take account of different collective goals, is considered quite unacceptable. The issue, then, is whether this restrictive view of equal rights is the only possible interpretation. If it is, then it would seem that the accusation of homogenization is well founded*” (Taylor, 1994: 52).

aos canadenses. Para tanto estabeleceu os direitos liberais clássicos, tais como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, e garantias processuais diversas, tal como o devido processo legal. Impôs tratamento igualitário a todos os canadenses vedando quaisquer distinções em virtude de sexo, raça ou religião (Cittadino, 2000: 195).

O problema posto: como compatibilizar os interesses de sobrevivência e autonomia da minorias, notadamente a minoria francesa com a universalidade pretendida pela Constituição canadense?⁵⁴

A violação dos direitos fundamentais enseja *judicial review* em qualquer das esferas governamentais como forma de assegurar o tratamento igualitário aos canadenses. No que se refere **porém** ao estabelecimento de legislação pelas Províncias, a Constituição submete o *judicial review* aos limites da cláusula *notwithstanding*.

⁵⁴ “The issue came to the fore because of the adoption in 1982 of the Canadian Charter of Rights, which aligned our political system in this regard with the American one in having a schedule of rights offering a basis for judicial review of legislation at all levels of government. The question had to arise how to relate this schedule to the claims for distinctness put forward by French Canadians, and particularly Quebeckers, on the one hand, and aboriginal peoples on the other. Here what was at stake was the desire of these peoples for survival, and their consequent demand for certain forms of autonomy in their self-government, as well as the ability to adopt certain kinds of legislation deemed necessary for survival”. (Taylor, 1994: 52)

Assim, uma certa variedade de normas provinciais foram editadas como forma de garantir a sobrevivência da cultura francesa na província de Quebec⁵⁵. Como lembra Gisele Cittadino,

foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec: a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa; a que obriga uma administração em língua francesa das empresas com mais de 50 empregados e a que impede o uso de idiomas diferentes do francês em documentos comerciais. (Cittadino, 2000: 195)

A defesa das legislações provinciais amparadas na *notwithstanding clause* é o caminho adotado por Taylor. Assim, como forma de sobrevivência da comunidade franco-

⁵⁵ “For instance, Quebec has passed a number of laws in the field of language. One regulates who can send their children to English-language schools (not francophones or immigrants); another requires that businesses with more than fifty employees be run in French; a third outlaws commercial signage in any language other than French. In other words, restrictions have been placed on Quebecers by their government, in the name of their collective goal of survival, which in other Canadian communities might easily be disallowed by virtue of the Charter” (Taylor, 1994 : 52-53)

canadense em Quebec, os governantes da Província podem impor restrições aos seus cidadãos.

Isto é possível dado que Quebec representa uma “sociedade distinta” no contexto canadense⁵⁶. Daí que as declarações no sentido de desconsiderar tal peculiaridade não representam senão uma equivocada e inadequada pretensão homogeneizante.

Assim, Taylor entende que uma sociedade democrática não pode estabelecer em primeiro plano os direitos individuais e provisões não discriminatórias, deixando os objetivos comuns de uma sociedade na condição de coadjuvantes. Acusando a tradição liberal difundida principalmente por John Rawls e Ronald Dworkin⁵⁷, Taylor reclama como fundamental para a construção de uma sociedade pluralista e democrática a necessidade de observar as peculiaridades dos distintos

⁵⁶ “*The issue was finally raised by a proposed constitutional amendment, named after the site of the conference where it was first drafted, Meech Lake. The Meech amendment proposed to recognize Quebec as a “distinct society”, and wanted to make this recognition one of the bases for judicial interpretation of the rest of the constitution, including the Charter. This seemed to open the possibility for variation in its interpretation in different parts of the country.*” (Taylor, 1994: 53)

⁵⁷ “*Those who take the view that individual rights must always come first, and along with nondiscrimination provisions, must take precedence over collective goals, are often speaking from a liberal perspective that has become more and more widespread in the Anglo-American world. Its source is, of course, the United States, and it has recently been elaborated and defended by some of the best philosophical and legal minds in that society, including John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and others.*” (Taylor, 1994: 56)

projetos de vida compartilhados pelos diferentes grupos que compõem uma sociedade.

Nesse sentido, a interpretação da Constituição pelos comunitaristas revela uma necessária preocupação com a tutela dos valores partilhados por um grupo social específico, e o papel do tribunal constitucional ganha um perfil de atuação contramajoritária.

14 – Para além da dicotomia liberalismo versus republicanismo: a alternativa do procedimentalismo democrático.

14.1 – Ação Comunicativa e Democracia Procedimental

A teoria da ação comunicativa representa um esforço de resgate dos fundamentos da modernidade, representando simultaneamente uma crítica social e uma proposta de reelaboração do ideal moderno de racionalidade. Rejeitando as perspectivas pós-modernas, Habermas entende que o projeto da

modernidade é um projeto ainda não realizado em sua plenitude.

Nesse sentido, a contribuição de Jürgen Habermas para o debate refere-se especificamente ao questionamento do modelo de razão instrumental que tem predominado na modernidade. Tal modelo segundo Habermas, dadas as características das sociedades atuais, deixou de ser pertinente. Para Habermas, a insistência na utilização de um modelo inadequado tem determinado a crise da modernidade. A superação da crise, assim, dependeria da elaboração de uma teoria da modernidade fundada em novos paradigmas.

Habermas entende que a queda das grandes metafísicas determinou a necessidade de se buscar a validade da moral jurídica (*Geltung*) no acordo, ou “consenso” resultante de uma “discussão prática” entre os membros de uma comunidade.

Nesse sentido, a proposta de Habermas consiste em criticar o paradigma predominante na modernidade que tem na filosofia da consciência seu principal referencial. Este modelo apresenta como pecado essencial o monologuismo ao inserir as normas nos registros do sujeito racional e o desprezo pelas particularidades históricas e os dados sócio-culturais.

De acordo com Habermas, a sociedade comporta dois aspectos que se entrecruzam, mas que são diferentes: o sistema (*System*) e o mundo da vida (*Lebenswelt*).

O sistema representa a realidade objetiva que se manifesta nas relações externas entre os membros da sociedade, sendo coordenado por meios não lingüísticos, poder e dinheiro que coordenam a estrutura burocrática da sociedade. Ao lado do sistema encontra-se a *Lebenswelt*, que repousa sobre a comunicação recíproca entre os membros da sociedade e tem como objetivo a compreensão recíproca.

Esta distinção permite diferenciar duas racionalidades distintas. No sistema, temos uma racionalidade técnico-instrumental, consistindo em uma racionalidade com respeito a fins, e portanto estratégica. Essa racionalidade explica o desenvolvimento tecnológico nas sociedades modernas, definindo um padrão de bem-estar. Na *Lebenswelt*, a racionalidade é orientada pela comunicação, ocupando-se da compreensão mútua. Esta racionalidade tem fundamento em uma lógica argumentativa.

O desenvolvimento social proporcionado pela modernidade porém, provocou um hiperdimensionamento da

racionalidade instrumental, típica do sistema e um conseqüente estreitamento da racionalidade comunicacional da *Lebenswelt*, em um processo chamado por Habermas de “colonização do mundo da vida”, levando a uma crescente burocratização do cotidiano.

A conseqüência desse processo é a exacerbação da fundamentação das ações pelos referencias de legalidade e um progressivo esvaziamento das preocupações com a fundamentação ética do direito.

Através da percepção de que a linguagem é o meio de comunicação universal, Habermas procura moldar no espaço público uma ética discursiva, priorizando as relações interpessoais em detrimento da pura individualidade solipsista do sujeito.

Esta concepção permite enxergar o espaço público como uma estrutura comunicacional mediadora entre o setor privado do mundo vivido (*Lebenswelt*) e o sistema jurídico-político (*System*).

Em desenvolvimento recente, Habermas apresenta a discussão sobre a necessidade de fundamentação externa do direito. Em consonância com o seu “*Faktizität und Geltung*”, o

direito precisa satisfazer simultaneamente ao duplo requisito de consistência com o ordenamento jurídico e aceitabilidade geral.

Temos assim, duas dimensões, quais sejam, a da justificação interna e a da justificação externa, explicando que o problema da racionalidade do direito consiste em como pode a aplicação de um direito contingentemente surgido ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundada de modo racional (Habermas, 1998: 268).

Em desenvolvimento à teoria da ação comunicativa, Habermas propõe a concepção de democracia procedimental. A virtude da concepção habermasiana reside no fato de, estabelecendo um diálogo com liberais e comunitários, procurar uma via alternativa para a questão democrática contemporânea. O caminho de Habermas consiste em elaborar um modelo procedimental que tem como característica a compatibilização entre o processo político deliberativo dos comunitários com o modelo hermenêutico deontológico, típico do liberalismo. Habermas procura assim criar um modelo democrático com “conotações normativas mais fortes que o

modelo liberal, porém mais débil que o modelo republicano” (Habermas, 1998: 374).

Na construção bipolar entre facticidade e validade, Habermas é enfático ao buscar a superação de visões unilateralistas sobre o direito, tal como fazem o sociologismo, ressaltando o aspecto fático, ou como fazem algumas teorias modernas da justiça, ressaltando o aspecto legitimidade. (García Amado, 1997: 24)

Qual seria então para Habermas o fundamento de validade último do direito? Habermas explica que uma vez separados direito, moral e religião na modernidade, fica para o direito um campo aberto à argumentação, à ação comunicativa, que só pode basear-se no entendimento como fonte de legitimidade normativa. Para que realmente seja possível esta construção discursiva e consensual das normas jurídicas, os sujeitos devem pressupor-se como reciprocamente autônomos, reconhecendo-se certos direitos (García Amado, 1997: 24-26)

Habermas enumera uma série de direitos que são exigidos para tornar possível a efetiva realização do princípio discursivo, base do procedimento democrático e fundamento da legitimidade e com ele da validez das normas resultantes. Tais

pressupostos são aqueles em que os membros de uma comunidade jurídica moderna hão de partilhar se querem poder ter por legítimo seu ordenamento jurídico sem apoiar-se para tanto em fundamentos de tipo religioso ou metafísico (García Amado, 1997: 28).

Para Habermas,

... o procedimento que representa a política deliberativa constitui a peça nuclear do processo democrático. Esta leitura da democracia tem conseqüências para essa concepção de uma sociedade centrada no Estado, da qual partem os modelos habituais de democracia. Pois, dessa leitura se seguem diferenças, tanto com respeito à concepção liberal do Estado como guardião de uma sociedade econômica (no sentido de centrada na economia) como com respeito à concepção republicana de uma comunidade ética institucionalizada em forma de Estado (Habermas, 1998: 372)

E continua:

conforme a concepção liberal o processo democrático se efetua exclusivamente na forma de compromissos entre

interesses. As regras de formação de compromissos que, através do direito universal e igual de sufrágio, através da composição representativa dos órgãos parlamentares, através do modo de decisão, através dos regulamentos de regime interior, etc., têm a finalidade de assegurar a *fairness* dos resultados, se fundam e fundamentam em última instância em, e desde, os direitos fundamentais liberais. Em troca, conforme a concepção republicana, a formação democrática da vontade se efetua na forma de um auto-entendimento ético-político; a deliberação haveria de poder apoiar-se, no que a conteúdo se refere, em um consenso de fundo inculcado pela própria cultura na qual se há crescido e se está; está pré-compreensão sócio-integradora pode renovar-se mediante o recorde ritualizado do ato de fundação republicana. A teoria do discurso toma elementos de ambos lados e os integra em uma concepção de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisões. Este procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre as considerações pragmáticas, os compromissos, os discursos de auto-entendimento e os discursos relativos à justiça e fundamenta a presunção de que sob as condições de um suficiente subministro de informação relativa aos problemas de que se trate e de uma elaboração dessa informação, ajustada à realidade desses problemas, se

conseguem resultados racionais, ou, respectivamente, resultados *fair*.” (Habermas, 1998: 372)

A busca pelo juiz pela decisão deve acontecer de modo discursivo, e portanto intersubjetivo. Da teoria do discurso faz depender a aceitabilidade da decisão, não da qualidade dos argumentos, mas da estrutura do próprio processo argumentativo (García Amado, 1997: 55).

14.2 – O modelo procedimental de interpretação da Constituição: elementos para uma hermenêutica democrática.

Na perspectiva da democracia procedimental, a Constituição adquire como prerrogativa principal a de funcionar como baliza dentro da qual os procedimentos no Estado democrático de direito devem acontecer. Tal concepção permite, por um lado, a manifestação das diversas forças sociais em sua plenitude, em atenção ao pluralismo que marca as sociedades contemporâneas, e por outro lado, permite que o

próprio jogo político se encarregue de alçar ao poder aqueles grupos (ou concepções) que melhor consigam mobilizar a opinião pública.

Assim,

o que se exige,..., é o acesso igualitário das diversas preferências valorativas e identidades étnicas aos procedimentos jurídico-políticos. Isso implica que nenhuma delas possa ter pretensão de prevalecer absolutamente sobre as demais, excluindo-as. A prevalência dos valores de determinado grupo em um determinado procedimento (eleitoral, legislativo, administrativo ou jurisdicional) do estado democrático de direito justifica-se apenas enquanto é relativa, ou seja, desde que os procedimentos permanecem abertos aos valores dos outros grupos, que poderão prevalecer em outra eventualidade procedimental.” (Neves, 2001: 342).

Para que isso ocorra porém, é necessário que Estado institucionalize procedimentos adequados à pluralidade, abrindo o acesso de todos aos procedimentos (eleição, jurisdição, administração, etc). (Neves, 2001: 342)

É claro que uma tal concepção não pode ser construído à margem de um referencial de tolerância. Se impõe como

fundamental a necessidade de “respeito recíproco às diferenças étnicas e éticas de grupos e indivíduos” (Neves, 2001: 242)

O Estado assim, pode ser entendido como um espaço procedimental em que os princípios democráticos são afirmados com vigor.

Com isso, como explica Neves,

a legitimação que advém da esfera pública não resulta do consenso em torno do resultado dos procedimentos, seja esse consenso suposto, fático ou hipotético-racional. O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados. Os procedimentos atuam seletivamente, mas não terão força legitimadora se ignorarem a continuidade do dissenso na esfera pública. Os canais de mutação devem permanecer abertos para o fluxo de informações que advém contraditória e conflituosamente do mundo da vida e dos diversos sistemas sociais autônomos... Nesse sentido, o que se impõe (dever-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais. (Neves, 2001: 352).

Assim,

O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados. Os procedimentos atuam seletivamente, mas não terão força legitimadora se ignorarem a continuidade do dissenso na esfera pública. Os canais de mutação devem permanecer abertos para o fluxo de informações que advêm contraditória e conflituosamente do mundo da vida e dos diversos sistemas sociais autônomos. Novas possibilidades de vigência normativa e decisão vinculante não estão excluídas. Nesse sentido, o que se impõe (dever-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais. Assim sendo, a observância desses procedimentos não só legitima o resultado procedimental no interior dos sistemas jurídico e político, reestruturando expectativas, mas também legitima o sistema constitucional como um todo na perspectiva externa da esfera pública, independentemente do resultado eventual do procedimento, ou seja, o Estado democrático de direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistemicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. (Neves, 2001: 352-353)

Uma aplicação desse entendimento está na concepção hermenêutica de Peter Häberle, para quem a aplicação da Constituição depende de um esforço para o qual concorrem uma pluralidade de agentes.

Häberle estabelece a distinção entre interpretação e intérpretes constitucionais “em sentido estrito” e “em sentido amplo”.

A interpretação em sentido estrito é uma atividade consciente dirigida à compreensão e aplicação de uma norma”. A interpretação em sentido amplo compreende qualquer ‘atualização’ da Constituição (qualquer exercício de um direito constitucional, de uma função constitucional, etc.). Assim, a colocação em prática da Constituição representa interpretação constitucional em sentido amplo, processo do qual participam todos os cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais, proporcionando materiais hermenêuticos aos intérpretes em sentido estrito (Araujo 1994: 83).

Daí que a interpretação da Constituição é tarefa de uma “sociedade aberta de intérpretes”, sendo uma atividade na qual

intervém a sociedade inteira e não apenas de um grupo fechado de juristas. Nas palavras de Häberle,

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (Häberle, 1997: 13)

Como elemento de articulação entre instituições e sociedade, Häberle aponta a “opinião pública”, entendida como “...*media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada..., igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais” (Häberle, 1997 : 22-23)

Esta concepção de “opinião pública” depende do entendimento de que o povo é essencialmente pluralista e

dinâmico, e não algo compacto, homogêneo e uniforme. Assim, o povo não manifesta uma vontade única, mas uma pluralidade de vontades que interagem entre si. (Araújo, 1994, 86)

Daí que o entendimento de democracia a partir de Häberle não fundamenta-se na tradicional idéia de que o povo entendido como conjunto unitário tem uma vontade soberana. De modo diverso, a concepção fragmentada do povo permite a Häberle demonstrar a permanente possibilidade da minoria vir a converter-se em maioria.

Sendo a democracia fundamentalmente um processo aberto às alternativas existentes, sua garantia representa proteger os mecanismos que permitem a configuração de alternativas, proporcionando-lhes chances para que possam ser postas em prática (Araújo, 1994 : 86).

É oportuno considerar que a perspectiva de Häberle difere consideravelmente do enfoque luhmanniano da “legitimação pelo procedimento”. Para Luhmann, os procedimentos são mecanismos que geram presunção de legitimidade substituindo consensos materiais⁵⁸ diante da

⁵⁸ Para Niklas Luhmann as decisões valem e adquirem força coativa não exatamente pelo seu conteúdo, mas por passarem por um procedimento estabelecido consensualmente. Note-se que o consenso a que se refere Luhmann não é estabelecido sobre o conteúdo da decisão, mas sobre os

necessidade de redução de complexidade em uma sociedade marcada pela hipercomplexidade, contingência e incerteza. O compromisso de Luhmann é assim com a redução de alternativas como forma de aumentar a previsibilidade e a segurança.

Häberle por outro lado tem em mente a idéia oposta, qual seja a do aumento de possibilidades mediante a “abertura” dos canais democráticos, viabilizando o surgimento de alternativas. Daí que o foco de Häberle recai sobre a legitimação **do** procedimento e não **através** do procedimento como em Luhmann.(Araújo, 1994:87)

Sintetizando, é possível admitir que

... o Estado democrático de direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistemicamente o dissenso e,

critérios que devem orientar a tomada de decisão (procedimento). Esta idéia é esboçada e desenvolvida em “*Legitimation durch Verfahren*”, de 1969. Para Luhmann “.. tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de obtenção do consenso” (Luhmann, 1980:31). Para que isso ocorra é necessário ter em mente as diferenças que existem entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão (cf. Luhmann, 1980:32). Com isso a “legitimidade depende assim, não do reconhecimento ‘voluntário’, da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal mas sim como resultados do crédito da decisão oficial” (Luhmann, 1980: 34).

ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico-político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar consenso procedimental e dissenso contenedístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade. (Neves, 2001:353).

Nesse sentido, o papel do tribunal constitucional é o de garantir a permanente abertura dos processos institucionais e sociais

Deste modo, para aquelas leis que tenham sido objeto de grande debate social, com participação dos diversos setores interessados, é de se presumir que a sua elaboração está submetida a um certo controle social. Daí que no exame da sua constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, observando tal peculiaridade deve autoconter-se. (Araújo, 1994: 88)

Outrossim, naquelas hipóteses em que o conteúdo da legislação em exame revelar um forte dissenso social, o Tribunal terá como tarefa garantir a força integradora da Constituição, procurando refletir o dissenso existente na sociedade.

Finalmente, o Tribunal deverá levar em conta os interesses que não tenham sido representados, velando pelo caráter eqüitativo da participação. (Araújo, 1994: 88)

CONCLUSÃO

Os desafios apresentados às sociedades contemporâneas têm levado à rediscussão sobre os parâmetros dentro dos quais a democracia pode ser potencializada. Desde o projeto moderno de conduzir à felicidade através de modelos de racionalidade centrados na individualidade do sujeito até as crises demonstradas pelos déficits da teoria impostos pela realidade, tornou-se evidente que o ideal de unidade e coesão teria que superar a tensão no sentido da fragmentação. Nesse sentido, várias propostas se apresentaram como solução para o problema.

O liberalismo, pretendendo enxergar o indivíduo de modo universal e imutável, buscou enfatizar o aspecto da autonomia moral, criando uma esfera privada na qual o indivíduo fosse livre para buscar a realização dos seus projetos individuais de vida. Para isso, procurou enfatizar a prioridade da justiça sobre as concepções individuais do bem.

O comunitarismo por sua vez, procurando enfatizar a importância do debate público, contrapôs-se radicalmente à

concepção individualista liberal, antes reconhecendo a importância da realização da justiça através do consenso em torno das concepções do bem.

Uma concepção e outra trabalham com as noções de pluralismo e tolerância de maneira diversa. Enquanto para o liberalismo o pluralismo se reflete na diversidade de concepções individuais do bem, para o comunitarismo o pluralismo se refere à uma pluralidade de concepções grupais do bem. Assim, para os liberais a idéia de tolerância deve se referir ao respeito para com as diversas concepções individuais do bem. Para os comunitaristas, a tolerância deve se referir ao respeito às diversas concepções grupais do bem.

A concepção do processualismo democrático enxerga as duas matrizes como reducionistas, já que tanto os princípios universalistas que proporcionam a autonomia individual como os princípios que reconhecem a inserção social do indivíduo em uma comunidade implicam-se reciprocamente. Assim, uma concepção verdadeiramente comprometida com a realização da democracia precisa necessariamente promover a interação mútua entre esfera privada e esfera pública em torno dos procedimentos que informam a ação comunicativa. O

procedimentalismo democrático é aquele estabelecido por Jurgen Habermas. Ainda que a perspectiva liberal de John Rawls envolva também aspectos inequivocamente procedimentais, o seu modelo não consegue articular de modo satisfatório a esfera pública com a esfera privada, procurando garantir simultaneamente um espaço importante para tanto para o universalismo como para os particularismos, antes pendendo para o individualismo da esfera privada através de recursos a um modelo procedimental universalista.

O modelo habermasiano por outro lado busca conferir relevância a ambos os aspectos: de um lado o universalismo, tão caro aos liberais, é importante para a construção de um consenso mínimo em torno aos procedimentos institucionalizados pelo Estado Democrático de Direito; de outro lado o relativismo tem o seu indiscutível papel no que se refere à construção dos conteúdos normativos, dentro do processo argumentativo que se desenvolve no âmbito social.

A interpretação da Constituição dentro desses diversos contextos teóricos adquire matizes sensivelmente distintos. Se para a hermenêutica liberal a defesa do *judicial review* como garantia dos direitos fundamentais individuais é uma

referência teórica importante, para os comunitaristas a defesa do *judicial review* de modo absoluto não se compadece com a necessidade de respeitar as peculiaridades e diferenças existentes nos diversos contextos sócio-históricos-culturais.

Assim, a interpretação da Constituição em um regime comprometido com a democracia deve se deixar influenciar pela perspectiva que a enxerga como um marco procedimental, estabelecendo balizas dentro das quais o debate democrático deve ocorrer. Daí a importância dos procedimentos legislativo, eleitoral e judiciário, como formas de acesso das diferentes concepções do bem às estruturas de mando.

É preciso assim que estes procedimentos estejam permanentemente abertos, sem jamais consolidar um conteúdo específico, antes permitindo que o próprio jogo político-democrático se encarregue de determinar os seus conteúdos de modo que grupos hoje minoritários possam em um momento posterior serem alçados à condição de majoritários.

Sintetizando estas idéias podemos pontuar:

1 – As sociedades contemporâneas, marcadas pela complexidade e pelo pluralismo pressionam as instituições demandando respostas eficientes ante o risco da fragmentação

e do florescimento de experiências autoritárias e anti-democráticas;

2 – A formação de consensos ocorre de modo diferenciado no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Democrático de Direito. Enquanto o consenso no Estado liberal é um consenso referente à forma e ao conteúdo das normas que regulam o funcionamento social, no Estado Social, dada a absorção do conflito entre capital e trabalho, o consenso alcançado é tão somente um consenso formal. O regime democrático é um regime no qual o espaço do dissenso não pode ser eliminado;

3 – O comunitarismo procura lidar com o problema da diversidade entendendo que o pluralismo verificado nas sociedades contemporâneas refere-se a uma pluralidade de concepções de vida partilhadas por pessoas integrantes de um mesmo grupo, daí a ênfase na esfera pública enquanto espaço de manifestação de valores partilhados;

4 – O liberalismo por sua vez enfatiza a relevância da autonomia moral do indivíduo, daí a preocupação com a

construção de uma esfera privada enquanto espaço de manifestação do pluralismo. Sob o ponto de vista liberal, o pluralismo manifesta-se enquanto pluralidade de diferentes concepções individuais de vida;

5 – A perspectiva alternativa do procedimentalismo democrático fundado na ação comunicativa habermasiana, procura superar o universalismo liberal e o particularismo comunitarista, articulando as esferas pública e privada;

6 – A interpretação da Constituição fundada no liberalismo promove a defesa do *judicial review* enquanto mecanismo assecuratório dos direitos das minorias ante maiorias eventuais;

7 – A hermenêutica comunitária, discutindo os limites do *judicial review* em sociedades pluralistas, entende que uma ampla adoção de tal mecanismo acaba por sufocar a autonomia de grupos com diferentes concepções de vida;

8 – A função do intérprete da Constituição em um regime democrático deve ser a de garantir a abertura procedimental da Constituição, permitindo que grupos minoritários possam ter acesso aos procedimentos institucionalizados.

BIBLIOGRAFIA

AHLMARK, Per (2000). “A Tragédia da Tolerância: A Conciliação com as Tirantias”. in: *A Intolerância*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 128-131

ALVES, J.A Lindgren. (2002). “As Conferências Sociais da ONU e a Irracionalidade Contemporânea” in: *Direito e Cidadania na pós-modernidade*. ALVES, J.A. Lindgren, TEUBNER, Gunther, ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende, RÜDIGER, Dorothee Susanne. Piracicaba: UNIMEP. Pp. 19-92

ARAUJO, Jose Antonio Estevez (1994). **La Constitución como Proceso y la Desobediência Civil**. Barcelona: Trotta

ARISTÓTELES (1996). **Ética a Nicômaco** in: **Os Pensadores - Aristóteles**. São Paulo: Nova Cultural

BAUER, Otto (2000). “A Nação” in: **Um Mapa da Questão Nacional**. BALAKRISHNAN, Gopal. Org. Rio de Janeiro:

Contraponto. Pp. 45-84.

BERIAIN, Josetxo (1997). “La Paradoja de la Expansión de Opciones en El Capitalismo Tardío” in: **Revista Anthropos – Huellas del Conocimiento**. N. 173-174. Julio-octubre. Barcelona.

BERLIN, Isaiah (2002) “Five Essays on Liberty” in: **Isaiah Berlin – Liberty**. Edited by Henry Hardy. New York: Oxford University Press.

BIGNOTTO, Newton (2004). “Problemas Atuais da teoria Republicana”. In: **Retorno ao Republicanismo**. CARDOSO, Sergio Org. Belo Horizonte: UFMG

BOBBIO, Norberto (2000). **Teoria Geral da Política**. Rio de janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo (1980). **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense

BONAVIDES, Paulo (1999). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (1999). **Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993). **Direito Constitucional**, 6a. ed. Coimbra: Almedina.

CARDOSO, Sérgio (2004). “Por que República”. Notas sobre o ideário Democrático e Republicano. In: Retorno ao Republicanismo. CARDOSO, Sergio Org. Belo Horizonte: UFMG

CITTADINO, Gisele (2000). **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CONSTANT, Benjamin (2002) “The Liberty of the Ancients Compared With That of The Moderns” in: **Political Writings**. Cambridge University Press. pp. 307-328

DWORKIN, Ronald, (2002). **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes

ECO, Umberto (2000). “Definições Léxicas” in: **A Intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 15-19

FARIA, José Eduardo (1996). “Introdução” in: **Direito e Globalização Econômica – Implicações e Perspectivas**.

FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Malheiros.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio (1989). **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas.

GALUPPO, Marcelo Campos (2001). “Hermenêutica Constitucional e Pluralismo” in: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional – Estudos em Homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveria Baracho**. Sampaio, José Adércio Leite e Cruz, Álvaro Ricardo de Souza Orgs. Belo Horizonte: Del Rey.

GALUPPO, Marcelo Campos (2004). "Comunitarismo e Liberalismo na Fundamentação do Estado e o Problema da Tolerância" in: **Crise e Desafios da Constituição – Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras**. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997). **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

GEREMEK, Bronislaw (2000). "Transição para a Democracia e a Intolerância". in: **A Intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 152-156

GIDDENS, Anthony (1991). **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora Unesp.

GOMEZ-MULLER, Alfredo (2004). "Os comunitaristas e a crítica do individualismo liberal, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer". In: **História Argumentada da**

Filosofia Moral e Política – A felicidade e o útil. CAILLÉ,
Alain *et alii* org. pp. 652-659

GOYARD-FABRE, Simone (2003). **O que é Democracia.** São
Paulo: Martins Fontes

GRAU, Eros Roberto (1997). **A Ordem Econômica na
Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros

HÄBERLE, Peter (1997). **Hermenêutica Constitucional – A
Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:
Contribuição para a Interpretação Pluralista e
“Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio
Antonio Fabris.

HABERMAS, Jürgen (2002). **A Inclusão do Outro – Estudos
de Teoria Política.** São Paulo: Loyola

HABERMAS, Jürgen (1998). **Facticidade e Validade**

HABERMAS, Jürgen (1996). “Modernidad, un Proyecto Incompleto.” *in*: **El debate Modernidad / Posmodernidad**. Buenos Aires: Ediciones el Cielo por Asalto. pp 131-144 .

HALL, Stuart (2003). **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 8a. ed. Rio de Janeiro: DP&A.

HELD, David (2001) **Modelos de Democracia**. Madrid: Alianza Editorial.

HELLER, Agnes (1998) **A Condição Política Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira

HELLER, Herman (1968). **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou.

KELSEN, Hans (1987) **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes

LASSALLE, Ferdinand de (1957). **Qué es una Constitución?**. Buenos Aires: Siglo Veinte.

LE GOFF, Jacques (2000). “As Raízes Medievais da Intolerância”. in: **A Intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 38-41

LEPENIES, Wolf (2000). “A Intolerância – Terrível Virtude”. in: **A Intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 115-118

LUHMANN, Niklas (1980). **Legitimação Pelo Procedimento**. Brasília: UnB.

MACINTYRE, Alasdair (2001). **Depois da Virtude**. Bauru: Edusc

MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harald (1999) **A Armadilha da Globalização – O Assalto à Democracia e ao Bem-Estar Social**. São Paulo: Globo

MAXIMILIANO, Carlos (1965). **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos.

MILL, John Stuart (2000). **A Liberdade – Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes

MOUFFE, Chantal. (1999) **El Retorno de lo Político**.

Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós

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

NEVES, Marcelo (2001) “Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa”. *in*: **Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea**. SOUZA, Jessé (org.). Brasília: UnB.

OLIVEIRA, Nythamar de.(2003) **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor

RABENHORST, Eduardo Ramalho (2001) **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica.

RAWLS, John (2000). **Liberalismo Político**. São Paulo: Ática

RAWLS, John (1997). **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes

ROUSSEAU, [Jean-Jacques] (1997). “O Contrato Social” in: **Os Pensadores – Rousseau**. São Paulo: Nova Cultural

ROVIGHI, Sofia Vanni. (2000). “J. Locke” in: **História da Filosofia Moderna – Da Revolução Científica a Hegel**. São Paulo: Loyola. Pp 235-248

SALDANHA, Nelson (1987). **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva

SCAFF, Fernando Facury (1990). **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva.

SCHNAPPER, Dominique (2000). “A Neutralidade Religiosa do Estado, Instituição de Tolerância”. in: **A Intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Pp. 143-147

SÉGUIN, Elida (2002). **Minorias e Grupos Vulneráveis**. Rio de Janeiro: Forense

SILVA, José Afonso da (1992). **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha (2002a). **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha (2002b). **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (2000). **A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez

TAYLOR, Charles. (1994). “The Politics of Recognition” in: **Multiculturalism**. Princeton: Princeton University Press.

TEIXEIRA, João Paulo Allain (2002). **Racionalidade das**

Decisões Judiciais. São Paulo: Juarez de Oliveira.

THIELEN, Helmut (1998). **Além da Modernidade? – Para a Globalização de uma Esperança Conscientizada.** Petrópolis: Vozes.

SAMPAIO, José Adércio Leito. (2002). **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey

SANDEL, Michael J. (1998) **Liberalism and the Limits of Justice.** Cambridge: Cambridge University Press.

SCHMITT, Carl (1961). **Teoria de la Constitución.** Mexico: Editora Nacional.

VIEIRA, Oscar Vilhena (2002). **Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política.** São Paulo: Malheiros

WALZER, Michael (1983). **Spheres of Justice.** s/c: Basic Books.

WOLFF, Robert P. (1989) **A Miséria do Liberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.