

O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da constituição brasileira de 1988

Jose Luis Bolzan de Moraes
Angela Araújo da Silveira Espindola

“Profanar o improfanável é a missão política da próxima geração” (Giorgio Agamben).

Considerações iniciais

Passadas duas décadas desde a promulgação da Carta Constitucional brasileira na esteira do processo de redemocratização do País, depois de mais de 20 anos de autoritarismo inaugurado pelo Golpe de 1964, é preciso que façamos um esforço para tentar compreender o que se passou, aquilo que ficou na retórica, bem como o que foi resultado desta nova era constitucional, tudo pautado pelas condições e circunstâncias que marcaram a produção desta mesma Constituição, além dos limites postos e impostos diante das transformações percebidas nas últimas décadas do século passado e nesta quase década que se cumpre deste novo milênio.

Assim inaugurado, este texto, como reflexão livre, não pretende ficar amarrado aos modelos tradicionais da metodologia científica. Ao contrário, visa “desassossegar” o pensamento para recompor o quadro circunstancial das instituições político-jurídicas modernas e suas condições e possibilidades para pôr em prática muitas de suas promessas ainda não cumpridas.

Assim, na linha de Giorgio Agamben, consideramos ser necessário promover uma leitura que *profane* aquilo que *sacralizou*, de certa forma, as instituições políticas modernas, trazendo-as de volta à vida para um uso livre pela humanidade, como uma recuperação da magia do pensar e do agir.¹ Para Agamben, essa *sacralização* da vida deriva, de fato, do *sacrifício*.² O *sacrifício* (rito) é o que marca a passagem do *profano* ao *sagrado*. Trata-se de uma forma de poder e de dominação, pois aquilo que é consagrado aos deuses é retirado do uso comum! Portanto, a *sacralização* faz abandonar a vida nua natural à própria violência e à própria indizibilidade, fundando nestas toda a regulamentação cultural e toda a linguagem.³ A *sacralização* é para os deuses e a *profanações* são dos homens, do que é humano. *Profanar*, então, é devolver ao uso comum. Ora, a Constituição é um ato de poder e como tal, a partir de sua promulgação tornou-se sagrada. Passados 20 anos de sua *consagração* é preciso *profaná-la*, ou seja, restituí-la ao homem.

Com tais premissas postas, parece possível começar a reflexão em torno ao tema que emerge das questões que se apresentam quando se pretende fazer um balanço do tempo passado, assim como a prospecção do tempo futuro. Com isto, pretende-se retirar a Constituição de seu local sagrado e trazê-la para perto do homem e sua circunstância histórica, profanando-a, nos termos referidos por Agamben.

1 As circunstâncias de produção da Constituição de 1988

Todo período histórico abriga, no seu interior, forças que o contestam. Foi no contexto de repúdio às tendências absolutistas que os ideais liberais brotaram e encontraram como aliados o

iluminismo, o individualismo bem como o pensamento contratualista das escolas jusracionalistas.

O liberalismo surge, então, como a melhor resposta contra o absolutismo (do soberano). A autonomia da vontade recebe destaque bastante especial, expressando a limitação da autoridade por meio do dogma (e *sacralização*) da especialização de funções e do princípio da legalidade. Elege-se um novo soberano para o Estado Moderno: a assembléia parlamentar (representante popular e lugar de produção da lei). O primeiro palco dessas modificações foi a França: a assembléia parlamentar francesa substituiu o rei na tarefa de legislar. O absolutismo do rei – um absolutismo institucionalizado – foi decapitado, mas o absolutismo da assembléia parlamentar francesa – um absolutismo velado – ensaiava seus primeiros passos.⁴ Atribuiu-se à lei – em seu sentido formal – a responsabilidade de renovar/reinventar o sistema jurídico da época.

Deu-se, assim, a primeira revolução do Estado de Direito: era a onipotência do legislador.⁵ O poder legislativo enquanto protagonista do Estado. Erigia-se, nesse caldo, o princípio da legalidade formal como critério de identificação do direito.

Estavam semeados os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na especialização de funções, fortemente influenciado pelo iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e na conseqüente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário. A supremacia da lei, portanto, reflete a transformação do papel do Estado (Soberano) na sociedade, bem como o papel do Direito/Lei enquanto meio de regulação estatal. A influência que este cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante.

Foi neste caldo que emergiu a primeira fase do constitucionalismo brasileiro (1824), com forte influência francesa e inglesa. Esta fase deu-se sob as bases de um Estado centralizador e de uma formação quadripartida do poder, em que o imperador, com as vestes de um poder moderador, consagrava-se em cerne absolutista e representava a sobrevida do absolutismo monárquico. É apenas com o advento da República e da primeira Constituição republicana de 1891 que se inaugura a teoria constitucional brasileira, sob a influência do modelo norte-americano, com a adoção do federalismo e do presidencialismo.

Desde então, entre avanços e retrocessos, sístoles e diástoles, passando pela obscuridade dos intermináveis anos de regime ditatorial, a história do constitucionalismo brasileiro foi-se desenhando e já completa mais de um século.

No cenário da história jurídico-política do Brasil, as décadas de 70 e 80 desempenharam importante papel no constitucionalismo pátrio abrindo o processo de (re)democratização do país, depois de um histórico de autoritarismos apenas renovado pelo Golpe militar de 1964, que instaurou um novo período de exceção.

Os movimentos da sociedade civil, os movimentos sindicais e sociais, os movimentos estudantis, o surgimento de novos partidos políticos, o grito pelas “diretas já”, o forte desejo por uma Assembléia Nacional Constituinte, por uma nova arquitetura constitucional, por uma nova liderança presidencial e por políticas públicas orientou-se pela proposta de uma demanda crescente pela (re)democratização. O ápice deste processo se dará em meados da década de 80, quando o Colégio Eleitoral elege Tancredo Neves para a Presidência da República – primeiro presidente civil

desde o Golpe de 1964.

A “Nova República”, no entanto, resultou de um pacto “secreto” entre os dirigentes da “Aliança Democrática” com as cúpulas militares – do novo com o “anciên” regime. O apoio a Tancredo Neves foi dado sob a condição de não ser abalada a estabilidade dos organismos essenciais do poder de Estado. Havia, assim, uma harmonia (política) preestabelecida e conveniente. Uma forma de usar as regras do jogo para dismantelar o próprio jogo (regime militar), sem confrontarem-se os jogadores.

Às vésperas da posse, Tancredo, com problemas de saúde, é internado em hospital de Brasília e quem assume a Presidência da República é o vice, José Sarney. Com a morte de Tancredo Neves, em 21 de abril de 1985, Sarney é efetivado no cargo – sob dúvidas constitucionais – e alguns meses depois encaminha ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (EC 26, de 27.11.85) convocando uma Assembléia Nacional Constituinte, “eleita” em 15.11.86, para elaborar uma nova Constituição para o Brasil.

À época não houve a eleição de uma constituinte exclusiva – como pretendiam os movimentos sociais capitaneados pela Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outras entidades –, a dissolver-se após a conclusão da tarefa, mas sim a delegação de poderes ao Congresso Nacional – então eleito, sem que houvesse, no processo eleitoral, discussões efetivas quanto ao Estado que se pretendia constituir – que passou a usar – temporariamente – a “máscara” de Poder Constituinte, conservando os Senadores “biônicos” e as tarefas de elaboração da nova Constituição. De fato, tratava-se de uma convocação dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte a partir de 01.02.1987. Portanto, uma Assembléia Constituinte não exclusiva, com apenas dois terços do Senado renovados e um terço não eleito.

A Assembléia Nacional Constituinte foi presidida pelo Deputado Ulisses Guimarães. À semelhança da Constituição de 46, os seus trabalhos se desenvolveram sem a apresentação de um projeto prévio. Várias propostas foram apresentadas, incontáveis emendas ao texto destes projetos foram sugeridas.

Uma das marcas desta Assembléia foi a sua divisão em grupos, dentre eles o grupo majoritário – o Centro Democrático (*Centrão*) – apoiado pelo poder executivo, com perfil conservador e que teve significativa influência no resultado das votações, a exemplo da duração do mandato de Sarney (cinco anos) e do papel das Forças armadas.

Os trabalhos perduraram por um ano e meio, até que em 5.11.88 deu-se a aprovação da nova Constituição do Brasil – a “Constituição Cidadã” – produto de um processo constituinte “não exclusivo”, sem um debate popular em torno dos grandes temas que deveriam fazer parte do processo constituinte, “aparentemente” dominada por forças conservadoras que pautavam alguns de seus aspectos centrais, cujo resultado – Constituição de 1988 – não teve sua dimensão apreendida/percebida à época pelos “ditos” progressistas e, até mesmo, por significativa parcela da *intelligentsia* nacional, sobretudo dos operadores do Direito.

Há que se reconhecer, neste sentido, que houve, ainda, um descompasso entre a “nova” Constituição e a doutrina jurídica pátria, “órfã” de um conhecimento adequado para lidar com o texto de uma Carta Política dirigente e compromissória.

Se de um lado podemos ver um sofisticado texto jurídico-político, fruto de tensões políticas e ideológicas de uma determinada época e contexto, reflexo do constitucionalismo dirigente, compromissário e social, com a pretensão de atender as promessas da modernidade em *terrae brasilis*; de outro, é preciso reconhecer as condições e as possibilidades para a construção e o exercício de um poder político democrático no âmbito do Estado brasileiro – marcado por autoritarismos, como já dito – e de suas vicissitudes contemporâneas.⁶

Para a construção de um Estado Constitucional, não lhe basta seu texto constitucional, não lhe é suficiente o reconhecimento político-social de direitos e garantias, há que se dar eficácia jurídica e efetividade prática aos direitos já reconhecidos. Daí a importância de questionar o Estado e seus limites no contexto pós-88, diante da defasagem que se percebe entre o projeto constitucional, plasmado no texto da Carta brasileira, e o produto da realidade histórica nacional nas duas últimas décadas, apesar de tudo o que se fez no período em termos de produção de políticas públicas e de intervenção jurisdicional. Questionar seus limites exige, antes, *profaná-la*, retirá-la do local *sagrado* e permitir-lhe o toque humano, reconhecendo-a como resultado não só de um específico momento histórico, mas em constante construção.

2 A CF/88 e o ocaso das certezas iluministas

Para que se tenha êxito na transição do sagrado ao profano é preciso o sacrifício, como dito. O ritual que sacralizou a Constituição e o Estado merece ser revisado e jogado no atual contexto histórico. A Constituição emerge a partir de um determinado perfil estatal e em uma determinada expectativa histórica. Hoje, em outro cenário, ela precisa ser “tocada” pelo homem, daí a necessidade de examinar os aspectos da identidade constitucional brasileira pós-88 e, em seguida, a obsolescência do constitucionalismo social.

2.1 Aspectos da identidade constitucional brasileira pós-88

Para que se compreendam as circunstâncias do Estado Constitucional brasileiro pós-88 não se pode deixar de lado as circunstâncias nas quais foram postos à prova os conteúdos trazidos pelo novo constitucionalismo adotado no Brasil, em particular pela incorporação do protótipo do Estado Democrático de Direito, presente no art. 1º da CF/88, bem como pela identificação desta com a tradição do nomeado constitucionalismo dirigente do Segundo pós-Guerra.

A identidade do constitucionalismo brasileiro pós-88 pode ser percebida a partir da leitura de seu texto, marcadamente pelo conjunto de seus princípios, por sua carta de direitos fundamentais, pela fórmula do Estado (Democrático de Direito) com a centralidade assumida por sua finalidade transformadora das circunstâncias históricas de exclusão e desigualdade social que caracterizam a história brasileira seja durante o período monárquico, seja na fase republicana.

Assim, tem-se que, desde o Preâmbulo, o caráter do “novo” Estado Constitucional brasileiro vem identificado com a edificação de um Estado alicerçado em fórmulas de democracia formal – mecanismos de constituição do poder, da tomada de decisões e da participação popular etc (art. 1º e parágrafo único) –, bem como de democracia substancial, pautado pelo princípio base da

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como “filtro” de toda a organização e ação estatal, esta sempre teleologicamente orientada pelos objetivos fundamentais da república (art. 3º) – aliás, o princípio republicano, ele também, vincula a forma e conteúdo da atividade do poder público –, os quais se identificam com a substancialidade do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que apontam para o seu caráter de “transição” “da” e “na” sociedade.

Não é por outro motivo que, nos termos do art. 4º, o texto de 88 assume os direitos humanos como matéria que resume nossa opção constitucional, o que vem, de alguma forma, refletido nos demais incisos desta mesma norma constitucional.

Nestes termos é que o catálogo de direitos fundamentais incluídos pelo constituinte no Título II da Carta, para além de sua extensão explícita contemplou, no § 2º do art. 5º, uma verdadeira *cláusula constitucional aberta*, promovendo a integração do direito constitucional com o direito internacional dos direitos humanos, o que vem sendo objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência pátrias, merecendo notícia o julgamento do HC 87.585-8 que incorpora, por nosso órgão superior para o controle de constitucionalidade, tal debate, no sentido de reconhecer a recepção constitucional de tais conteúdos.

E é por isso que sentimos o tensionamento entre este projeto civilizatório e suas próprias condições de exercício e realização. Trata-se de transição do sagrado para o profano, resultado do toque humano.

2.2 A obsolescência do constitucionalismo social

Colocar em pauta os dilemas do Estado Social no contexto atual implica, em síntese, interrogar o Estado Constitucional e seus dilemas.

Porém, para situar o leitor, em primeiro lugar, é preciso identificar o objeto sobre o qual estamos falando – o Estado Constitucional: (1) *o que é?* e (2) *o que comporta?* Além disso, uma pequena revisão histórico-constitucional é importante, para situar as circunstâncias nas quais navegamos.

O que é o Estado Constitucional pode ser respondido, breve e sucintamente – para os limites desta reflexão e até mesmo por ser este um tema reiterado na doutrina publicística – , como sendo o produto de um projeto político-histórico marcado pela tradição liberal e alicerçado em uma estrutura de poder político identificado por uma ordem jurídica que o organiza, adotando a estratégia da especialização de funções, o princípio da legalidade da ação estatal, dentre outras, e assegura um conjunto de liberdades expressas pelo reconhecimento jurídico-legislativo dos direitos humanos, traduzidos como direitos fundamentais.⁷

Assim, o Estado Constitucional incorpora uma tradição jurídico-política que formata o poder político sob a lógica de um poder limitado e controlado e, além disso, reconhece os direitos humanos como conteúdos fundamentais que direcionam o poder, voltado à sua consecução como finalidade da ação estatal; e, como tal, é um produto da história, por isso, dinâmico, bastando perceber a passagem – no âmbito do liberalismo – do Estado Mínimo ao Estado Social; dos direitos de liberdade aos direitos de solidariedade, etc.

Pode-se dizer, assim, que o Estado Constitucional do Século XIX não é o mesmo do Século XX.

Aquele tinha como substância a construção de um Estado absenteísta – mesmo que sempre se tenha algum nível de atuação estatal –, marcado por um conjunto de limitações/proteções asseguradoras das práticas individuais e da auto-regulação mercadológica. Este último vai se identificar com a formatação do Estado Social em seus vários desenhos. Tudo isto, como já dito, fruto dos receios em face do, então, passado recente – absolutismo – e do projeto futuro da nova classe social hegemônica – a burguesia revolucionária – e, por isso mesmo, o requisito da *especialização de funções* bem como do *asseguramento dos direitos humanos* como anteparos à atuação estatal, os direitos de liberdade, constituindo-se como um Estado cuja aparente neutralidade asseguraria o desenvolvimento das potencialidades de indivíduos livres e iguais (formalmente). Esta é a fase do Constitucionalismo Liberal.

Já no Século XX, com origens ainda no transcurso do Século XIX, observa-se este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feitio de Estado Social, conceito aqui utilizado em sua acepção genérica, suportado em um novo Constitucionalismo – agora Social –, este identificado histórica e privilegiadamente com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 – apresentadas, de regra, como marcos históricos –, vindo em resposta ao novo tratamento da chamada *questão social*, a qual deixa de ser um *caso de polícia* para tornar-se um *caso de políticas públicas (sociais)*, com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da *escassez*,⁸ sobretudo no que se refere às *carências*.

O constitucionalismo social traz consigo o reconhecimento constitucional desta *questão social* que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais, pelo novo modelo de produção (fabril) e pela emergência de uma nova categoria social – o proletariado ou as classes operárias. Esta *questão social* vem apresentada constitucionalmente sob os inéditos *direitos sociais* – de igualdade ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) – que em tudo diferem dos primeiros, em particular por exigirem uma maior e mais qualificada intervenção estatal, com a elaboração e implementação de *políticas públicas prestacionais* para a sua satisfação, o que faz desviar o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva. Não basta, a partir de então, apenas legislar, é necessário assegurar a usufruição dos direitos constitucionalizados por intermédio de políticas públicas implementadoras dos conteúdos reconhecidos pelo legislador, com a adoção de práticas administrativas implementadoras.

Com isso não só a forma do Direito se modifica – tanto que se identifica uma transição *das proibições para as prestações, das punições para os prêmios*,⁹ *das regras para os princípios*¹⁰ –, mas o seu próprio conteúdo e estratégias de concretização.

Hoje, não mais se fala na dicotomia “direitos negativos (de abstenção) e direitos positivos (de prestação)”. Há uma imbricação inevitável entre ambos. Não se tem assegurada a liberdade de manifestação sem o acesso ao conhecimento, exemplificativamente. Não se é livre passando fome. E é nesta perspectiva que emergem os problemas de efetivação dos direitos à – educação, saúde, moradia etc.¹¹

Em um primeiro momento surge o dilema de não se saber o que fazer com eles diante do ineditismo do constitucionalismo social – carga eficaz das normas, caráter programático das mesmas etc –, posteriormente – e ainda, mais, hoje – se questiona como implementá-los, por não se ter capacidade para satisfazê-los todos e em toda a sua extensão.

Tudo isso acaba gerando não apenas (1) dúvidas, mas, acima de tudo, uma (2) conflituosidade que exige novas formas de tratamento, com a presença de (3) novos atores, em um (4) contexto de profunda insuficiência de recursos e diante de uma (5) reviravolta nas fórmulas político-econômicas contemporâneas. Assim, entre outras conseqüências, ocorre uma nova transição funcional no Estado – antes do legislativo ao executivo – agora, como muitos percebem, em direção à Jurisdição, em razão da (1) democratização no acesso, por um lado, e, para o que aqui interessa, a (2) insatisfação quanto à realização das promessas constitucionais.

Ora, o Estado Social passou por significativas transformações ao longo do tempo, podendo-se dividir esta história em duas grandes fases. Uma que vai de seu surgimento até sua consolidação e as primeiras décadas gloriosas. Outra que emerge, no início dos anos 1970, com o esgotamento de suas estratégias ante o início da crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico e a transformação da economia capitalista, sem falar, aqui, da transição da tradicional *questão social* para a novíssima *questão ambiental* e seus conseqüências¹² – das carências locais para os riscos globalizados.

A primeira fase foi marcada por sua instalação, aprofundamento de mecanismos de intervenção e alargamento de seus conteúdos. Na segunda, quando seus *sucessos* já não são tão marcantes ou, até mesmo, lhe trazem dificuldades, é que se vê o projeto do Estado Social envolto em tensões que fazem transitar – para o que aqui importa – o debate acerca da sua realização do âmbito executivo – da política – para o jurisdicional – da judicialização –, pondo em evidência os limites e dificuldades que tal desvio de rota acarreta, pois, para a doutrina jurídica, o Constitucionalismo Social mantém, até hoje, problemas, como por exemplo, o que respeita ao caráter eficaz das normas constitucionais a partir de uma estrutura classificatória das normas que desprivilegia o papel dos “programas” sociais e a substancialidade das próprias Constituições sem falar das dificuldades de atribuição de sentido às mesmas normas jurídicas,¹³ dentre outros aspectos aqui não ditos.

O que se verifica é que o constitucionalismo social revelou a obsolescência precoce de uma doutrina constitucional recém-edificada no âmbito do constitucionalismo moderno, mas voltada ao liberalismo clássico e seu modelo de regulação – em um período de pouco mais de um século (finais do XVIII e início do XX). Assim, desde a origem *estrenovo* constitucionalismo trouxe problemas para os juristas, politólogos, gestores públicos, etc.,¹⁴ apesar dos avanços obtidos sobretudo no segundo pós-guerra.

Este é um outro debate, mas serve para lembrar que tal fragilidade doutrinária vai aparecer na experiência brasileira pós-88, apenas para se ter uma idéia da dimensão do déficit e das dificuldades para fazer-se concreta uma *Constituição dirigente* como a brasileira, ainda mais em um contexto de profunda transformação em sentido regressivo – lembre-se das propostas neoliberais, dos planos de reforma do Estado, das sugestões de flexibilização dos direitos e garantias sociais etc. – do Estado Social.¹⁵

O Estado Constitucional Social ganhou contornos mais definitivos no pós-Segunda Guerra Mundial, como tentativa de enfrentamento das barbáries experimentadas no período. Emerge daí um “neo”constitucionalismo que, além de reforçar e transformar sua substância e materialidade, constrói novos sistemas de se fazer efetivo. Acrescenta-se ao conteúdo social instrumentos processuais que visam dar conta dos conflitos advindos da não realização dos mesmos, já supondo,

como inerentes às fórmulas jurídicas e à normatividade estatal moderna, a sua irrealização.

Estabelecem-se os *novos direitos* ladeados por *novos instrumentos processuais* – como no caso brasileiro com: Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – *novos atores* – partes públicas (Ministério Público, Defensorias Públicas), partes coletivas (associações, sindicatos, grupos de interesses) – e, sobretudo, por um reforço/valorização dos *sistemas de controle de constitucionalidade*, com particular atenção à Jurisdição Constitucional, com uma *democratização* permanente do *acesso à jurisdição*, muitas vezes descurando de um seu pressuposto o *acesso ao direito*, inclusive em tal nível jurisdicional – ampliação da legitimação ativa – além de uma sobrevalorização do debate constitucional no controle difuso e nas disputas judiciais correntes.

Assim, está desenhado o Estado Social no pós-Guerra, com a supervalorização do constitucionalismo, marcado sob o modelo do *neoconstitucionalismo*, na crença profunda de que com isso poderia construir uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e marcada pela idéia da *função social*.¹⁶

Porém, este Estado Social Constitucional se vê confrontado com seus próprios limites e com as transformações para as quais não se havia precavido, se é que se poderia estar ou se é que adiantaria estar... em razão de suas próprias idiossincrasias.

A experiência brasileira vivida no pós-88 retrata este quadro e evidencia a constatação de que somente as previsões contidas na Constituição não têm a capacidade de, por si mesma, solucionar os problemas sociais, transformando magicamente o mundo da vida e os séculos de exclusão social, como sustenta Gilberto Bercovici.¹⁷ Há um vácuo profundo, ou um vazio imenso, entre *ter* Constituição e *estar em* Constituição, como refere Pablo Verdú: estar em Constituição é concretizá-la.¹⁸

Com isso posto, sustenta-se a exigência de se partir para uma *Teoria do/para o Estado Constitucional* e não de uma Teoria do Estado e de uma – outra – Teoria da Constituição que, muitas vezes, não conversam entre si. Ou seja, não há como se entender a relação *Estado-Constituição – direitos fundamentais* sem a inserção no contexto do Estado Contemporâneo que, mesmo diferido constitucionalmente como Estado Democrático de Direito – outra herança do neoconstitucionalismo – se vê confrontado com uma *religião* de crítica ao Estado Social, como diz Canotilho, independentemente do modelo e da extensão que este tenha assumido, uma vez que o Estado Social é um projeto diferenciado geográfica e historicamente.¹⁹

3 A crise estrutural do Estado e a responsabilidade pela realização de suas promessas

Com a – quase – implosão do modelo de Estado Social, em particular a partir das circunstâncias novas que afetam a sua capacidade de suportar os custos dos direitos, em particular pelo crescimento dos custos, inclusive decorrentes de seus próprios sucessos, da mesma forma que pela redução de sua capacidade arrecadatória diante dos novos modelos econômicos, o que se vivencia é um grande descompasso entre as *promessas* constitucionais, a democratização no acesso aos meios de demanda social e os meios para sua realização.

Tal se dá em meio a um debate entre aqueles que buscam a sua realização e aprofundamento e outros tantos que pleiteiam a revisão dos papéis do Estado Social, genericamente falando.

Isto acaba gerando um profundo descrédito do próprio constitucionalismo, do Estado Constitucional e dos elementos que lhe são peculiares.

Por outro lado, merece atenção o fato de que, diante do incumprimento das suas promessas, o Estado – como poder público – se vê confrontado ante seus próprios instrumentos de funcionamento. Não é a toa que, com a democratização do acesso ao conhecimento dos direitos, com a democratização do próprio Estado, há um aumento significativo de demandas apresentadas ao mesmo Estado para que este ponha em prática os conteúdos que foram conformados pela e na Constituição do País.

Tal circunstância é facilmente reconhecida na histórica constitucional brasileira pós-88. Nela percebe-se claramente a emergência de um descompasso entre o que vimos nomeando como “promessas constitucionais (incumpridas)” e as condições infra-estruturais para a sua realização, bem como a precariedade de uma doutrina constitucional apta a dar conta deste “novo” constitucionalismo e das próprias circunstâncias que afetam os modelos político-institucionais da modernidade.

Ao lado disso, a democratização no acesso ao direito e à justiça, inclusive ante os novos instrumentos jurídico-processuais e, além disso, dos próprios serviços postos à disposição da população pelo próprio Estado – como é o caso da Defensoria Pública (art. 134 da CF/88) – tem viabilizado que o conflito que emerge deste descompasso – promessa vs. irrealização – deságüe na função jurisdicional do Estado, a qual, acompanhando tendência contemporânea, tem assumido a centralidade no debate e condução da política estatal.

Ou seja: no contexto de um constitucionalismo dirigente em um ambiente de crise estrutural do Estado, é na função jurisdicional que se estabelece a disputa pela realização e definição do projeto constitucional expresso no texto da Carta Política.

3.1 A sacralização da jurisdição constitucional

E é apenas neste contexto que ganha sentido discutir a *judicialização da política* como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* – não apenas o mal-estar da civilização de que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar *na* civilização (no projeto civilizatório moderno) como tem sido reiterado no período pós-88 no Brasil.

Ora, se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo. Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por *políticas públicas prestacionais* e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população.

Com isso, a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, posto que ausente das preocupações sociais em uma *sociedade ótima*. Porém, por desgraça ou por humanidade (?), não se vive neste mundo ideal – não se confunda com idealizado (!) – e é exatamente do tensionamento entre *projeto político-constitucional* e *projeto político-econômico* que subjaz a fórmula do Estado contemporâneo. Democracia como política e capitalismo como economia não formam um par perfeito. Pelo contrário, são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos distintos.

Neste ambiente emerge um confronto de interesses que deságua na Jurisdição que se torna, assim, o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade, embora sem ultrapassar seus próprios limites no sentido de fazer valer para todos os compromissos constitucionais. Em um ambiente de mais *acesso* vive-se um contexto de maior *exclusão* ou de crescente negação de promessas.

Com isso, se solidifica a idéia de que não se pode pretender construir uma teoria constitucional no contexto contemporâneo sem que se tenha presente os limites e possibilidades de e para o próprio Estado Constitucional, envolto que está na transformação de suas fórmulas políticas, bem como sujeito – muitas vezes incapaz – diante das mudanças radicais dos modelos econômicos adotados pela economia capitalista, da qual não logrou desassujeitar-se.

Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas.²⁰

E, deste quadro surgem e se renovam questionamentos, que vão das clássicas interrogações acerca da eficácia das normas de direitos sociais, visto sob novos ângulos, até as dúvidas acerca da legitimação da jurisdição (constitucional) para intervir nas opções políticas, sejam legislativas, sejam das práticas administrativas.

Ou seja, o debate entre *função de governo* e *função de garantia*, remodelando a clássica tripartição de funções, passando, ainda, pelos limites que demarcariam a extensão destes “direitos” constitucionais, em uma disputa entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, margeado pelo *fundamento da dignidade humana* no contexto de um Estado que, apesar de *social*, não rompeu com um modelo econômico cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social.²¹

Na verdade, para além dos princípios a serem aplicados, é necessário se compreender as *circunstâncias* do Estado Social como tal e seus *corolários contemporâneos* para, assim, se discutir os vínculos do tema que envolve a realização dos direitos sociais – basta, para isso, estudar o debate que envolve a realização do direito à saúde.²²

Quando se constitucionaliza o chamado Estado Democrático de Direito, deve-se atentar para o que isso significa e, por conseqüência, para as condições, possibilidades e limites de realização das promessas construídas no/pelo “contrato constitucional” e contidas no bojo da Carta Política que o caracteriza.

Esse novo modelo de Estado com o qualificativo democrático – que o distingue tanto do Estado “Liberal” de Direito quanto do Estado “Social” de Direito²³ –, embora tenha nascido sob o influxo do neoconstitucionalismo, carregando a marca de um projeto de *transformação social* – basta lembrar a Constituição Portuguesa em seu texto original (art. 3º) – atualmente, encontra-se imerso em dilemas para efetivação das promessas constitucionais.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma nova fase histórica do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro como Estado Liberal de Direito e, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento dos dilemas irresolvidos, bem como pelas crises enfrentadas por este último, mantém-se adstrito à tradição do liberalismo, em particular ao seu viés econômico pautado pela doutrina e pelas práticas capitalistas, mesmo que não se lhe dê, muitas vezes, a devida atenção!

E tal não é sem conseqüências, posto que, assim sendo, ele se mantém vinculado às *dores e delícias de ser o que é*, para usar a expressão de Caetano Veloso. Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.

Nesse sentido, não se pode almejar do Estado Democrático de Direito mais do que ele pode “dar”, nem se supõe que as condições para sua execução e desenvolvimento histórico permaneçam inalteradas diante das crises da própria economia capitalista tradicional – produtiva – mas, e, sobretudo, em face da transformação operada no campo de sua formulação teórica e de suas práticas. Tal reconhecimento conduz a certos dilemas.

O primeiro se refere à *mutação* de suas circunstâncias. Ou, dito de outra maneira, o problema das *crises do Estado*, diante das transformações características da sociedade e da economia liberal – capitalismo – contemporâneas. E aqui se aborda apenas dois aspectos destas crises, as quais vêm esmiuçadas na obra *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos* ou, mais simplesmente, em *Ciência Política e Teoria do Estado*.²⁴

Dentre outras tantas, o Estado contemporâneo se vê confrontado, por um lado, por uma *crise conceitual*, a qual afeta a sua própria formulação como Instituição da modernidade, assentada que estava sobre os pilares dos seus elementos característicos: território, povo e poder soberano. Em linhas gerais, não há mais como entender tais conceitos em suas versões clássicas, se é que ainda são conceitos operacionais para descrever esta experiência institucional.

Falar em soberania em tempos de Império – Negri/Hardt²⁵ –, de globalizações ou globolocalismos, de estruturas supranacionais ou de cosmopolitismos, parece de uma ingenuidade atroz. E, com a falência deste conceito, soa no mínimo estranho pretender a permanência das idéias de povo e, sobretudo, de território como espaço geográfico delimitado e submetido a uma ordem jurídica autônoma.

Não identificar as insuficiências e as razões dos problemas que hoje enfrentamos, arriscando propostas superficiais é, sim, ingênuo. Mas apresentar soluções possíveis fundadas em uma

investigação que vai às raízes da problemática contemporânea e do contexto atual é trilhar o caminho do sagrado ao profano. Que assim como o caminho inverso (a *sacralização*), exige sacrifícios, ou seja, o abandono de alguns mitos e a revisão de outros.

Estas circunstâncias apontam para o *desfazimento de certezas* iluministas, modernas, institucionais, apontando para a fragmentação do *lócus* tradicional do que se convencionou chamar Estado Nacional, da sua política e de suas estratégias de atuação. Por outro lado, permitem reconhecer que *o capitalismo, acaba levando ao extremo uma tendência já presente no cristianismo, generaliza e absolutiza, em todo âmbito, a estrutura da separação que define a religião.*²⁶

O grande dilema que parece ser vivido hoje é aquele que contrapõe o descompasso entre as *promessas constitucionais* e as *possibilidades de sua realização*, pois o Estado Social impescinde de um *poder político forte*, de um lado e, de outro, a *desconfiança/descompromisso coletivo* e individual com o seu projeto constitucional, naquilo que se identifica como *sentimento constitucional*,²⁷ o que pode produzir um abandono do Estado Constitucional à sua própria sorte ou, ainda, uma tentativa de (re)apropriação de seus conteúdos privadamente, em particular pelos atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a *exclusão social*. Reconhecendo tais dificuldades, Canotilho salienta:

“ora, o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se verificarem quatro condições básicas: 1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; 2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado”.²⁸

O que se questiona é: teria, neste quadro, este Estado, *em crise conceitual*, condições para exercer tais tarefas? Olhando ao redor se percebe que, com incidências distintas, experimenta-se um quadro histórico no qual a *potência* estatal se vê confrontada com um tal grau de fragmentação que muito pouco lhe resta para poder desempenhar tais requisitos, forçando permanentemente um processo de reforma (do Estado) sob os auspícios de um *neoliberalismo minimizante* vinculado ao que nomeamos *neocapitalismo* desvinculado das práticas produtivas²⁹ e voltado à sua auto-reprodução em escala planetária sob os auspícios das novas estratégias financeiras tornadas possível com o advento do mercado global virtual e das tecnologias ou novas práticas de gestão financeira e orçamentárias que deslocam o sentido da ação estatal.

Com isso, resta reconhecer a ocorrência de uma segunda crise, que não vem desconectada da primeira: a *crise estrutural* que diz respeito às condições – ausência delas – de e para o Estado

Social continuar mantendo e aprofundando seu projeto includente.

Nessa perspectiva, como um Estado fragilizado pode se constituir em um ambiente de e para a realização dos direitos sociais em permanente desenvolvimento? Sendo o Estado Social este *ajuste precário* entre política de inclusão e economia – capitalismo – de exclusão, este só poderá manter-se estando presentes dois fatores: (1) de um lado, sua capacidade de decidir e impor suas decisões, sempre orientadas para as despesas sociais e produtivas; (2) de outro, a suportabilidade deste “acordo” inaugural que reuniu (tentou reunir) a liberdade liberal à igualdade socialista – uma economia capitalista voltada à produção de bens e consumo, alicerçada em uma sociedade onde o trabalho se constitua como fator relevante de produção e de incorporação de amplas parcelas da sociedade à própria economia capitalista, bem como a (alguns) de seus resultados – novos produtos, novas tecnologias, novas práticas sócio-econômicas etc.³⁰

O primeiro desfaz-se ante o que se apresenta como crise conceitual. O segundo, parece, vem perecendo diante da transformação radical promovida pela(s) nova(s) revolução(ões) industrial(is) e tecnológica(s) que, para além de libertar o homem do trabalho – como ansiava Marx e a tradição do(s) socia-lismo(s) –, desfaz o segundo elemento, ao mesmo tempo em que projeta este homem “livre” da opressão da máquina para a mais absoluta exclusão dos benefícios desta sociedade tecnológica.

O homem livre do trabalho se vê abandonado à sua própria “falta” de sorte, diante de uma autoridade pública fragilizada, bem como de um deslocamento e pluralização de instâncias de poder – públicas, privadas, sociais, marginais – mesmo em um contexto onde, no espectro constitucional tenhamos a marca de um constitucionalismo cujo projeto vem alicerçado na atuação finalística e integradora da autoridade estatal por intermédio de políticas que o resgatem da pobreza, marginalização e/ou exclusão.³¹

Neste contexto, lateralmente, tem ganho consistência e amplitude o recurso ao *Estado Jurisdição*, na perspectiva de recolocar tudo nos trilhos... – no que se convencionou *judicialização da política*, como já foi dito.

Mas, o Estado Jurisdição é tão Estado quanto o Estado Legislador ou o Estado Administrador. Aliás, uma das marcas características da modernidade estatal é a *unidade do poder político*, sendo a sua organização funcional apenas uma estratégia, também forjada no seio do liberalismo, para a sua funcionalidade e autocontrole recíproco.

Porém, ao que parece, aqui, a alternativa ao projeto civilizatório do Estado apresenta-se como a reinstauração da fragmentação feudal ou da barbárie natural hobbesiana(?).³² Um Estado fragilizado gerindo um pacto cujos elementos caracterizadores da equação original foram completamente transformados, é anúncio de fracasso, de problemas, de insucessos etc.

O pressuposto da “socialidade” – como diz Canotilho –, apontado anteriormente, se desfaz não apenas com a reprivatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas – muito sentido naqueles países de modernidade tardia, cujas políticas sociais prestacionais, quando ocorrentes, muitas vezes serviram para *reforçar o caixa dos já incluídos* ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários –, como também com a desconstrução da fórmula de interesse comum entre democracia e capitalismo (de produção), até mesmo porque esta “socialidade” é uma marca da ação civilizatória do Estado – agora fragmentado – agindo por sobre

o egoísmo característico do espaço privado e da economia liberal (capitalismo).

Entretanto, importa observar que o deslocamento do poder para o setor privado, não exclui o espaço público. Este foi redefinido, mas não abolido. A “politização da vida nua”, para usar a expressão de Agamben novamente, é o aspecto decisivo da modernidade e faz evidenciar o paradoxo da “exclusão inclusiva” e da “inclusão exclusiva”,³³ onde pertencimento e inclusão não são sinônimos.

4 A tensão entre inclusão e exclusão social

Há, aqui, a expressão latente e presente no âmbito do Estado Social, da tensão entre um projeto político-constitucional de inclusão social, característico das fórmulas de *welfare*, que se constitui no bojo de uma tradição político-econômica caracteristicamente excludente.

Ou seja: a tensão entre política de inclusão e economia de exclusão é uma marca peculiar a este arranjo que forja o modelo de bem-estar, em particular no pós-guerra.

O que se tem percebido é que o equilíbrio precário há pouco aparentemente “estável” tem-se “precarizado” cada vez mais, à medida que a fórmula econômica capitalista tem ganho nova consistência, quando, no contexto da nomeada globalização econômica e das possibilidades tecnológicas, este se reestrutura e, de alguma forma, se autonomiza da “produção”, onde capital e trabalho conjugam suas “paixões e interesses”, bem como se descola – ou pretende – dos espaços de decisão da política.

4.1 A segregação econômica e os limites da política

Já se disse anteriormente que o Estado Social não se autonomiza do seu ambiente liberal – sobretudo do seu *núcleo econômico (liberalismo/capitalismo)* –, tanto é que ele vem dependente desta relação de base construída ante o reconhecimento das conquistas sociais e os interesses do próprio capital, em um pêndulo permanentemente tensionado.

Dessa forma, deve-se reconhecer que o Estado Social não renega sua origem, mas apenas *domestica suas pulsões de morte*. E o faz por meio de políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte do *núcleo econômico do liberalismo* – o capitalismo – que vem recompensado com a socialização dos custos de infra-estrutura econômica, de higiene para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores.

Dito de outro modo, rápido e um pouco grosseiramente: o Estado Social não apenas convive, mas admite e incorpora uma relação de inclusão e exclusão em níveis distintos, mas intransponíveis, sem se livrar de âmbitos de “individualismo possessivo” – como diria C. B. Macpherson³⁴ – próprios do indivíduo liberal. Para haver inclusão, um certo nível de exclusão continua sendo aceito. A questão é: quanta inclusão é possível ou, ao contrário, quanta exclusão se admite, mantendo-se o Estado Social?

A experiência histórica tem demonstrado níveis bastante distintos. Basta se olhar, hoje, sobretudo, para os âmbitos de promoção social na Escandinávia, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, para se observar o quanto se diferenciam. Porém, mesmo no mais exitoso deles, os elementos fundantes da economia liberal permanecem assegurados: propriedade privada, apropriação do lucro, resguardos ante a ação estatal etc.

Evidencia-se que, no momento, não se mencionou o Brasil, seja pela dificuldade de classificá-lo como Estado Social, seja pela dívida histórica que necessita ser resgatada, ainda que sob os auspícios da Constituição Federal de 1988.

O que se quer dizer com isso é que há que se reconhecer que neste Estado Social ainda se convive com a aceitação de um certo nível de exclusão e que em seu arranjo a garantia da vida digna não “vale” para todos ou acontece em níveis distintos.

Ou seja: no encontro entre política de inclusão e economia de exclusão permanece um espectro intransponível de aceitação de segregação – de inacessibilidade às promessas modernas. Esta é uma marca inafastável do modelo econômico capitalista, que contamina o arranjo político do Estado Social.

Saramago, em entrevista, perguntado sobre os movimentos de *fast* e *slow food* disse que o problema é dar um prato de comida a toda a gente, em primeiro lugar, depois pensar em qual o melhor modo de comer. Todavia, esta estratégia não parece estar conforme com o modelo de Estado Social, que parece aceitar – e aceita – que o ideal prático é assegurar ao maior número “possível” o acesso à comida, tendo consciência de que nesta contabilidade muitos ficam “de fora” desta conta.

Para dificultar ainda mais, hoje, está-se marcado pela idéia de um *Estado Regulador*, em substituição ao tradicional *Estado Social*, afirmando-se as *virtudes* e o *primado* da concorrência, da responsabilidade fiscal, da gestão de resultados etc e esvaziando-se este último como responsável pela prestação de serviços públicos, embora se apresente, ainda, como condicionador ou balizador da atuação dos agentes econômicos em nome da salvaguarda do interesse público, fazendo-o, agora, sobretudo por intermédio de *autoridades administrativas independentes* (agências reguladoras), como descrito por António José Avelãs Nunes³⁵ e propagandeado por um tanto de autores de postura político-epistemológica distinta deste.

E é neste contexto de incidência global, por exemplo, que se evidenciam os dilemas do Estado Social, onde se inclui a situação atual do Brasil, sobretudo desde o confronto que se estabeleceu com a promulgação de uma Constituição que, mesmo fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte não-exclusiva e dominada por setores conservadores (Centrão), institucionalizou a fórmula do Estado Democrático de Direito como sendo o grande estuário do projeto de recuperação não só dos anos – muitos – de autoritarismos, mas, em especial, dos séculos de exclusão social.

Tal debate pode ser muito bem exemplificado pelas dificuldades enfrentadas no asseguramento, e.g., do direito à saúde como direito de cidadania, tal qual estabelecido no art. 196 da CF/88, bastando, para isso percorrer a jurisprudência pátria dos mais diversos tribunais e instâncias judiciais, a qual transita desde a sua negação suportada em doutrina que nega o caráter eficaz das nomeadas normas programáticas até sua irrestrita concretização fundamentada na força normativa da Constituição e nos seus preceitos principiológicos, sobretudo a dignidade da pessoa

humana.

O que tentamos construir com isso é a situação na qual a busca de respostas para a insatisfação frente à insuficiência das políticas do Estado Social, diante do descompasso entre promessas constitucionais e realização efetiva das mesmas – bem como suas condições para... – impõe uma reflexão responsável acerca do caráter peculiar que é este *sistema misto* que vincula estruturas de produção capitalistas com uma lógica de distribuição socialista, *esquecendo que, desde os fisiocratas, parece ser ponto assente na teoria econômica que as estruturas de distribuição do rendimento e da riqueza não podem considerar-se separadas das estruturas sociais da produção*.³⁶

Porém, lido em um contexto no qual “profanar não significa apenas abolir e cancelar as separações, mas aprender a fazer delas um uso novo, a brincar com elas. A sociedade sem classes não é uma sociedade que aboliu e perdeu toda a memória das diferenças de classe, mas uma sociedade que soube desativar seus dispositivos, a fim de tornar possível um novo uso, para transformá-las em meios puros”.³⁷

Isto tudo traz à tona a insuficiência de uma resposta disciplinar, que busque, seja na Teoria do Estado, seja na Teoria da Constituição, elementos capazes de dar conta das circunstâncias contemporâneas, ante o desfazimento de todas as suas certezas, como apontado anteriormente.

A historicidade das instituições políticas nos faz enfrentar as dificuldades marcadas entre o resguardo das conquistas modernas, sua insuficiência ante o “novo” e a necessidade de construir instrumentos que permitam e assegurem a continuidade de um projeto civilizatório, corrigindo rumos, nunca retrocedendo. Afinal, como diz J. J. Gomes Canotilho:

“Hoje, a constituição como norma deve assegurar a normatividade no complexo contexto do constitucionalismo em rede que alguns autores designam por *multilevel constitutionalism*. O impacto da interconstitucionalidade não legitima, porém, a desvalorização da força normativa da constituição concretamente vigente e válida numa determinada comunidade jurídico-política”.³⁸

Diante da incerteza – não democrática – do projeto de Estado Social, há que se buscar alternativas que indiquem estratégias satisfatórias à instauração do futuro, sem que isso implique, desde logo, a ruptura das bases do modelo jurídico-político da modernidade com seus avanços inquestionáveis.

Concluindo: entre o Estado sacralizado e a civilização profana (ou como realizar uma ordem constitucional em um ambiente hostil?)

Diante de um quadro de desfazimento da fórmula do Estado Social, seja por suas próprias insuficiências e crenças – inclusive nas potencialidades de uma racionalidade cientificista apta a solucionar todos os dilemas modernos e uma burocracia técnica pronta a dar respostas satisfatórias às demandas políticas – seja pelas propaladas crises que se lhe abatem, o próprio constitucionalismo que lhe dá formatação vê-se, muitas vezes, estrangido e deslegitimado diante das disputas que se estabelecem entre a busca de efetividade da Constituição e as pautas estabelecidas pela perseguição da eficácia econômica, corriqueiramente veiculada a partir dos

pressupostos de uma economia globalizada que além e porque transformada se autonomiza das balizas da política, bem como do diálogo político (democracia).

Para além, em um ambiente de risco crescente e globalizado, este mesmo *novo espaço econômico* projeta – em particular em sede de Organização Mundial do Comércio – a ruptura completa do modelo de *solidariedade social* que orienta a fórmula do Estado Social – como aqui descrito rapidamente –, substituindo-o pela preocupação com a *segurança contra os riscos* que podem vir de toda e qualquer parte, até mesmo em uma ave migratória, a qual não tem passaporte, nem é revistada nas alfândegas por onde passa ou, sequer está sujeita ao pagamento de tributos por eventuais mercadorias que porte.

Não são apenas os aviões que transportam terroristas, o perigo. Ele agora está em qualquer pombo correio. Para proteger-se do risco natural ou criado a nova ordem é a segurança. Mas segurança contra o que? Contra quem? Quando? Onde? Na dúvida, na ausência de um *sistema de definição, controle e gestão dos riscos*, erige-se a segurança como máxima. E, talvez, este seja apenas mais um risco...

Afinal, se uma Constituição *de valores* trazia o problema da atribuição de sentido à norma jurídica e sua concretização – ora tratado sob os auspícios da hermenêutica filosófica –, uma sociedade de riscos põe a interrogação acerca da atribuição de sentido ao *paradigma da precaução*. Porém, se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia, quem decide?

Não há dúvida. Existe a necessidade de se estender um *prato de comida* a todos. E aqui o problema não é relacionado à velocidade com que se lançará o destinatário sobre essa ração alimentar. O problema é qual e o quanto de comida há de ser-lhe ofertado, tendo presente tudo o que foi dito acima e as opções que vêm sendo feitas.

Esta resposta, parece-nos, continua sendo cativa do Estado Social.

Outra resposta exigiria uma *outra sociedade*, sobre novas bases e, aí, não se sabe até que ponto as comunidades atuais estariam empenhadas em sua construção... mas, para cujo projeto é necessária a dessacralização de alguns dos itens modernos.

Entre o Estado sacralizado e uma civilização profana é preciso encontrar um espaço para reinventar uma (nova) ordem constitucional, um constitucionalismo que, na “vida nua” construa “respostas corretas” na tentativa de viabilizar a “comunidade que vem”.

A Constituição Cidadã, que festeja seus vinte anos, precisa ser retirada do local onde se encontra e jogada para o mundo da vida. Para tanto, há que se olhar a política e o direito sob uma nova perspectiva, percebendo o cenário que marca as crises do Estado contemporâneo, para só então arriscar alternativas possíveis.

Será necessário *profanar* a idealização dos *ícones modernos* – Estado Nacional, Constituição, Estado de Direito etc. – para poder reconstruir um projeto de sociedade que venha ao encontro, inclusive, dos projetos destes mesmos *sagrados*... já que não há possibilidade alguma de se abrir mão daquelas que foram conquistas civilizatórias, mesmo em troca de promessas de um *mundo novo*, ainda não apresentado.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

AVELÃS NUNES, António José. A concepção de estado nos fundadores da ciência econômica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 47-70.

AVELÃS NUNES, António José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 54, p. 9-17, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRETO LIMA, Martônio Mont'Alverne. Constituição e Economia: como construir o mito da estabilidade democrática no capitalismo periférico. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 281-292.

BAUMANN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio do Janeiro: J. Zahar, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n. 2, p. 101-120, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1978.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Democracia e representação política ou como escolher dentro "escolhas já escolhidas"? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). *Direito e literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 209-226.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151-175.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do Estado social das "carências" ao Estado social dos "riscos". Ou de como a questão ambiental especula por uma "nova cultura" jurídico-política. In: BOLZAN DE

- MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS* Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a "realização da ordem constitucional! E o povo... In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Costituzione o barbarie*. Lecce: Pensa Editore, 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coords) *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra. 2006, p. 145-154.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 82, p. 1-14, 2006.
- DALLARI, Sueli; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.) *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: EDUPF. 2003.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- HABERLE, Peter. *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*. Texto em versão italiana, traduzido por J. Luther, de conferência proferida na Cidade do México e Bologna, em abril de 2004 (mimeo).
- HARDT. Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- MACPHERSON, Crawford Brough. Hobbes: o dever político do mercado. In: MACPHERSON Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo (de Hobbes a Locke)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*.

Madrid: Trotta, 1998.

NEVES, Marcelo Neves. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org) *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15-27.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMSIT, Gerard. La régulation. La notion et le phénomène. *Revue Française d'Administration Publique*, Paris, n. 109, p. 5-11, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución em la encrucijada: palíngenesia iuris politici*. Madrid: Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

¹ Ver AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 67-68, para quem *puro, profano, livre dos nomes sagrados, é o que é restituído ao uso comum dos homens... Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado perde a sua aura e acaba restituído ao uso*.

² AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 143.

³ Id., *ibid.*, p. 143.

⁴ Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Madrid: Trotta, 1999; e, também, ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

⁵ A expressão primeira revolução é aqui empregada no sentido utilizado por Luigi Ferrajoli. Ver,

para tanto, FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Migue (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; também publicado em *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001.

⁶ Ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Democracia e representação política ou como escolher dentre “escolhas já escolhidas”? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETT NETO, Alfredo (Orgs.). *Direito e literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 209-226.

⁷ Ver MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta. 1998; HABERLE, Peter. *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze*. Texto em versão italiana, traduzido por J. Luther, de conferência proferida na Cidade do México e Bologna, em abril de 2004 (mimeo); e, ainda, VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998. No que diz respeito aos conceitos terminológicos das palavras e expressões que se referem à tutela de direitos do homem, não há consenso tanto na doutrina, como no direito positivo (Constitucional e Internacional). São utilizadas diversas nomenclaturas como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, direito humanitário, dentre outras. Neste sentido, ver SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁸ Tal situação se repete, com as suas peculiaridades, com o surgimento e reconhecimento da novíssima questão ambiental que opera não mais com a escassez, mas, agora, com o risco, algo não localizado e diferenciado como a tradicional questão social.

⁹ Sobre o tema, ver BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1978.

¹⁰ A discussão que gira em torno dos princípios constitucionais e do processo de resignificação que sofreram no decorrer da história não é objeto do presente texto. Sobre o tema, consultar ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹ No que tange a emergência destes *direitos à* são paradigmáticas as discussões em torno das “ações afirmativas”, dentre elas podemos citar a recente decisão do Ministro do STF, Carlos Ayres Brito, sobre a constitucionalidade do ProUni (Programa Universidade para Todos). Em seu voto, o Ministro afirma que é pelo combate a situações de desigualdade que se concretiza a igualdade, devendo a lei assumir-se como instrumento de reequilíbrio social. Para Ayres Brito, “o típico da lei é fazer distinções, diferenciações, desigualações para contrabater renitentes desigualações”. Este é um dos múltiplos casos, em que se percebe a emergência de direitos que carecem de um Estado não só preocupado com a resolução de conflitos, mas, sobretudo, com a concretização de valores constitucionais. Direitos que carecem um Estado ativo e não só reativo. O voto do ministro foi proferido em 02/04/2008 e, nesta data, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.330-1-DF).

¹² Ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do Estado social das “carências” ao Estado social do

“riscos”. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS* Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹³ Apenas para referir este debate, ver STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2007.

¹⁴ Para verificar a questão do controle efetuado pelos Tribunais alemães na realização dos direitos sociais, consultar KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Safe, 2002.

¹⁵ Como refere Martonio M. Barreto Lima, a “agonia, o sono ou a morte da constituição dirigente significa, portanto, o retorno de uma situação que já se conhece: à pré-modernidade, isto é aquele período onde a economia política desconsiderava os aspectos externos do movimento econômico, sem inimigos, nem mesmo no âmbito do discursivo, resguardando para si e para seus sistemas jurídicos a ação de pequenos grupos, obrigando as sociedades modernas à volta de situações que não permitem democracia e participação, tampouco realizam o objetivo destas: igualdade entre os homens perante a lei” (BARRETO LIMA, Martônio Mont’Alverne. *Constituição e economia: como construir o mito da estabilidade democrática no capitalismo periférico*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291).

¹⁶ Tudo isto está muito presente na Constituição brasileira do pós-autoritarismo, que possui uma identidade baseada nas experiências européias da segunda metade do século passado. Vide CF/88, arts. 1º a 4º, para mencionarmos apenas os fundamentos da República.

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *(Neo)constitucionalismo – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 101-120, 2004.

¹⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución em la encrucijada: palingenesia iuris politici*. Madrid: Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1994, p. 41-45; e, ainda, VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 43-45.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coords.) *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 145-154.

²⁰ Este embate do Estado com ele mesmo, a tensão entre a construção legislativa e a concretização dos direitos, pode ser lida a partir da análise entre justiça e poder feita por Mirjan Damaska quando contrapõe o perfil reativo do Estado liberal ao perfil ativo desejado para o Estado democrático. Aquele satisfaz-se com uma jurisdição cujo principal objetivo é a resolução de conflitos; e esta, carece de uma jurisdição empenhada na implementação de políticas e na concretização de valores constitucionais. O Estado liberal corresponderia a um Estado reativo, enquanto o Estado social ou o Estado democrático, a um Estado ativo, cada um deles delineando

um perfil diferente para a função jurisdicional e, conseqüentemente, para a construção da sua jurisdição constitucional e seus instrumentos. Em um Estado cujo perfil seja ativo, a exemplo dos Estados social e democrático, a resolução de conflitos subjetivos são pretextos para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição. Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, rompendo com um modelo econômico cujo fundamento não seja o da inclusão social. Neste sentido, ver DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2005.

[21](#) No Estado brasileiro, várias decisões têm sido tomadas em torno da “suposta” colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Cita-se, como exemplo, a discussão estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 5, como segue: “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental [...] Considerações em torno da cláusula da *reserva do possível*. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

[22](#) Neste sentido, são emblemáticas as discussões sobre o fornecimento de medicamentos na rede pública. No RE 566.471, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, vislumbra ‘repercussão geral’ no caso concreto para a admissibilidade do recurso extraordinário, diante do inegável apelo coletivo das discussões em torno do direito à saúde. A ementa do mencionado recurso extraordinário traz o seguinte texto: “Saúde – Assistência – Medicamento de alto custo – Fornecimento. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo”.

[23](#) Ver BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Lui *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[24](#) BOLZAN DE MORAIS, José Luis *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[25](#) HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[26](#) Ver AGAMBEN, *Profanações*, *op. cit.*, p. 70-71, onde o autor deixa expresso que “porque tende com todas as suas forças não para a redenção, mas para a culpa, não para a esperança, mas para o desespero, o capitalismo como religião não tem em vista a transformação do mundo, mas a destruição do mesmo”.

[27](#) VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[28](#) CANOTILHO, *A Governança do terceiro capitalismo...*, *op. cit.*, p. 147.

[29](#) Ainda, deve-se lembrar que, muitas vezes, as práticas produtivas que se mantêm são desenvolvidas desvinculadas das tradicionais conquistas trabalhistas ou sob a revisão das mesmas, bastando lembrar aqui as estratégias de flexibilização pretendidas ou levadas a cabo, assim como as práticas neo-escravistas implementadas pelas grandes economias atuais – e.g. China.

[30](#) CANOTILHO, *A Governance do terceiro capitalismo...*, op. cit., p. 145-154.

[31](#) A descentralização e fragmentação do poder do Estado contemporâneo é denominada, por André Noël Roth, de regulação social neofeudal (ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-27). Para esta discussão, há uma vasta literatura, a qual pode ser consultada nos trabalhos publicados por Jose Luis Bolzan de Moraes nos *Anuários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINO* publicados, a partir de 2005, pela Livraria do Advogado.

[32](#) Para uma leitura original e ampla da obra de Hobbes, ver RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

[33](#) AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 29.

[34](#) Neste sentido, sobre a teoria política do individualismo possessivo, consultar a obra MACPHERSON, Crawford Brough. *Hobbes: o dever político do mercado*. In: MACPHERSON Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo (de Hobbes a Locke)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

[35](#) AVELÃS NUNES, António José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 54, p. 9-17, 2007. Sobre esta temática ver, ainda, TIMSIT, Gerard. La régulation. La notion et lê phénomène. *Revue Française d'Administration Publique*, Paris, n. 109, p. 5-11, 2004.

[36](#) Id., *ibid.*, p.16; e, ainda, AVELÃS NUNES, António José. A concepção de estado nos fundadores da ciência econômica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, Jose Lui STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 47-70.

[37](#) AGAMBEN, *Profanações*, op. cit., p. 75.

[38](#) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 82, p. 1-14, 2006, p. 12.