

SÍNTESE HISTÓRICA DO SUBCONSTITUCIONALISMO DE OCASIÃO

E O PRELÚDIO DO CAOS: reflexões do contexto hegemônico transnacional sensível ao Brasil e seu pro-antagonismo ao garantismo constitucional¹

SÍNTESIS HISTÓRICA DEL SUBCONSTITUCIONALISMO DE OCASIÓN Y EL PRELÚDIO DEL CAOS: reflexiones del contexto hegemónico transnacional sensible al Brasil y su pro-antagonismo al garantismo constitucional

Luiz Fernando Ozawa²

SUMÁRIO: Introdução: algumas posições (nem tanto) propedêuticas; 1 Um *brain storm* acerca do contexto hegemônico; 2 Sobre o vigor-viril do subconstitucionalismo; Considerações finais: sobre o prelúdio do *chaos*; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente trabalho tenta desvendar o prelúdio do caos por intermédio da análise histórica do contexto hegemônico que influencia de forma direta a constitucionalidade brasileira, a ponto de existir uma baixa constitucionalidade, ou, em melhor análise, uma subconstitucionalidade. Rebaixamento do texto constitucional à mera carta de princípios políticos é o resultado pragmático de toda uma esfera transnacional de hegemonia que circunda, com mais afinidade, os países chamados “em desenvolvimento”, tal qual o Brasil. Longe da convergência sobre “visão de Brasil”, e, portanto, longe da auto-aplicabilidade do texto com força normativa, a Constituição da República Federativa do Brasil e o país por si desenhado, na perspectiva clássica da institucionalidade burguesa fruto da modernidade tipicamente tardia, tem vivido seus dias de grave crise, à beira do prelúdio do caos.

¹ O presente artigo foi aprovado, apresentado e publicado na IX Convención Latino-Americana de Derecho (COLAD), organizada pelo Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL), em Outubro 2011.

² Luiz Fernando Ozawa é Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), ambas em Buenos Aires, República Argentina, Advogado (OAB/SC), Juiz Leigo (TJSC), professor universitário e pesquisador pela Sociedade Educacional de Santa Catarina (SOCIESC), além de outras atividades (contato: advocacia@redel.com.br).

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; subconstitucionalismo; contexto hegemônico.

RESUMEN

El presente trabajo es una tentativa de desvendar el preludio del caos por intermedio del análisis histórica del contexto hegemónico que influencia de forma directa la constitucionalidad brasileña, a punto de existir una baja constitucionalidad, o, en mejor análisis, una subconstitucionalidad. Rebajamiento del texto constitucional hasta una carta de principios políticos es resultado pragmático de toda una esfera transnacional de hegemonía que circunda, con mas afinidad, los países llamados "en desarrollo", tal cual es el Brasil. Lejos de la convergencia acerca de la "visión de Brasil", y, por lo tanto, lejos de la auto-aplicabilidad del texto con fuerza normativa, la Constitución de la República Federativa de Brasil y su imaginario de país, en la perspectiva clásica de la institucionalidad burguesa fruto de la modernidad típicamente tardía, vive sus días de grave crisis, al paso del preludio del caos.

PALABRAS-CLAVE: Constitucionalismo; subconstitucionalismo; contexto hegemônico.

INTRODUÇÃO: ALGUMAS POSIÇÕES (NEM TANTO) PROPEDEÚTICAS

Quando Heidegger (2008) tentou criar uma epistemologia para a Filosofia, ao introduzir sua ciência, deparou-se com uma problemática, aparentemente, sem fim. Chegou-se em certo ponto a investigar a filosofia "como visão de mundo" (*idem*).

Talvez tentar definir o constitucionalismo é de tão ou mais árdua tarefa que a de Heidegger. A Constituição e seu significado podem ser também entendidos como "visão de mundo", muito embora, isso não seja nem de perto uma solução para o problema.

Tal qual ponderou a poetisa na tentativa de definir a Liberdade, a Constituição e o Constitucionalismo podem ser uma "palavra que o sonho humano alimenta: que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda"³.

³ MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**.

Certo é que há um sem número de autores brasileiros que estão a desvendar o constitucionalismo contemporâneo e o que se chama de “garantismo” constitucional. O grande ponto de debate, por incrível que se pareça, ainda reside na questão da aplicabilidade do texto constitucional com força normativa ou, ao contrário senso, como mera carta de princípios políticos.

Há, portanto, um debate residual desde os tempos da promulgação do texto constitucional, sobre a aparente dicotomia entre o realismo constitucional (e os obstáculos de sua efetividade) e a utopia constitucional (diante dos mandamentos, a exemplo dos direitos fundamentais).

Aparentemente, o texto da Constituição de 1988 surgiu no momento histórico político ideal, com a efervescência dos momentos sociais e das lutas populares, porém, nasceu em nítido desencontro com o momento sócio-econômico, com o agravamento do neoliberalismo⁴ no Brasil, e as renitentes crises econômicas (inflação, balança comercial, moeda, etc.)⁵.

É nesse contexto hegemônico, que a Constituição completa mais de duas décadas no centro dos mais variados debates, dos quais alguns profundos, inclusive, como “visão de mundo”, ou melhor, “visão de Brasil”.

1 UM *BRAIN STORM* ACERCA DO CONTEXTO HEGEMÔNICO

Tudo parece ter começado com o domínio do vapor. A história da atual hegemonia pode ser dividida em antes e depois do domínio do vapor, muito mais, que antes ou depois do pretense surgimento de Cristo.

⁴ “El neoliberalismo se fundó sobre bases de exclusión y represión, única forma de llevar a cabo sus reformas. La privatización de servicios esenciales como salud, pensiones, electricidad y la disminución del presupuesto público de vivienda, educación, unido a la reconversión industrial y la flexibilidad laboral o liberalización del comercio trae un balance nada halagüño para sus impulsores” (ROITMAN, Marcos Rosemann. **Democracia sin demócratas y otras invenciones**, p. 43).

⁵ “A década de 1980 representou para os países periféricos e semiperiféricos do capitalismo não *uma* década perdida, mas o ingresso em *décadas perdidas*, no sentido de ruptura com os projetos de desenvolvimento econômico que, embora de forma desigual, representavam formas de promoção social para grandes camadas da população. Foi exatamente nesse marco que, contracorrente, se desenvolveram movimentos sociais, formas de organização, políticas locais e regionais, atividades de luta por direitos que, explorando necessidades reprimidas da população, apontam para horizontes de negação e de superação do quadro descrito acima” (SADER, Emir. *In* SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, p. 655).

O vapor (e o seu domínio) modificou o cotidiano vital dos mais variados tipos e arquétipos de seres humanos e, até hoje, é responsável por ditar usos e costumes na sociedade ocidental, muito mais que o próprio cristianismo.

Isso porque, é com o domínio do vapor e todas as conexões físico-químicas dele fundamentais, que se inicia o período histórico chamado de Revolução Industrial, ou, o início de produção em massa com o abandono da manufatura específica, que alcançou o seu ápice no final do Século XVII e início do Século XVIII.

A chamada Revolução Industrial acaba fornecendo um *plus* ao mercantilismo e também ao processo de urbanização e êxodo rural, com a opção mais lucrativa da produção em massa industrializada que a produção agrária, modelo-base do feudalismo.

Repita-se, apenas e tão somente o vapor.

David Ricardo⁶ observou que a maquinaria, movida pelo vapor, inseriu uma espécie de concorrência ao trabalho, e que o seu uso não passou de mais um método para aumentar a força produtiva do trabalho, concluindo que se a sua aplicação torna o trabalho comum excedente, simplifica, por outro lado, o trabalho qualificado, conseqüentemente, depreciando-o.

É nesse período que se dá o processo de capitalização da produção na *práxis*, o que teórica e posteriormente restou demonstrado como “capitalismo”⁷, muito embora, ressalte-se, que ainda na metade do século XVII, Thomas Hobbes já havia definido que “o valor ou valia (*value or worth*) de um homem é, como para todas as outras coisas, o seu preço: isto é, tanto quanto seria dado pelo Uso do seu Poder”⁸.

⁶ In *On the principles of political economy and taxation*. Londres, 1821 p. 479 apud MARX, Karl. **Salário Preço e Lucro**, p. 91

⁷ Já o capitalismo, em uma definição atual e certa dada por Ellen Wood (In **A origem do capitalismo**, p. 12), é “um sistema em que os bens e serviços, inclusive as necessidades mais básicas da vida, são produzidos para fins de troca lucrativa”, onde “até a capacidade humana de trabalho é uma mercadoria à venda no mercado”, portanto, como “todos os agentes econômicos dependem do mercado, os requisitos de competição e da maximização do lucro são as regras fundamentais da vida”.

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã* apud MARX, Karl. **Salário Preço e Lucro**, p. 60

Nesse ponto, talvez, o Liberalismo Político e o Liberalismo Econômico possam cruzar suas linhas histórico-ideológicas, ainda que não deliberadamente. Pode-se dizer, com todas as ressalvas possíveis, que a Revolução Industrial está para a Economia na mesma proporção que a Revolução Francesa está para a Política.

A chamada Revolução Francesa, pretensamente em nome da liberdade do ser humano alçado à super-categoria de cidadão⁹, reintroduz, ou melhor, reinventa algumas categorias históricas como a República e, principalmente, a Democracia.

E surge a tão festejada modernidade, fruto das raízes do iluminismo.

A transferência de poder da religião, representada pela monarquia, ao capital, representado pela burguesia, não parece ter derrotado efetivamente o despotismo. E a democracia, em sua *nouveau* faceta indireta por intermédio de (pseudo) representantes, torna-se a ferramenta ideal para a perpetuação do poder entre sim, os representantes do capital.

A segunda grande inovação do conceito moderno de democracia é sua noção de representação. Considera-se que a representação era o mecanismo prático caracteristicamente moderno que tornaria o governo republicano factível nos extensos territórios do Estado-nação. A representação cumpre duas funções contraditórias: liga a multidão ao governo e ao mesmo tempo a separa. A representação é uma *síntese disjuntiva*, na medida em que simultaneamente liga e aparta, associa e separa. [...] A representação vale para eles como uma espécie de vacina para proteger dos perigos da democracia absoluta: ela fornece ao corpo social uma pequena dose controlada de governo popular, com isto inoculando-o contra os temíveis excessos da multidão.¹⁰

O processo democrático (indireto-representativo) é criado, mantido e destinado, desde sua gênese até os dias de hoje, aos detentores de capital que possuem desproporcionais condições materiais de tornar públicas suas intenções e idéias (se verdadeiras ou não). A popularidade é alcançada facilmente para aqueles que

⁹ “En Francia, en cambio, existía lo que luego se denominó el “antiguo régimen”. Un rey absoluto, y una serie de nobles cortesanos que gozaban de toda clase de prerrogativas. El lujo del palacio de Versalles se lograba a costa de impuestos que sometían a la miseria a la mayoría de la población. El autoclero (obispos y cardenales) y la nobleza eran una pequeña minoría, pero monopolizaban el poder económico y político del reyno. Por eso, el liberalismo en Francia se destaca por su carácter político. Buscan llegar a una forma de gobierno democrática y consagrar los derechos individuales”. (MASSUN, Ignacio. **Las ideologías en el siglo XXI**, p. 43).

¹⁰ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Multidão**, p. 306.

detêm condições materiais e, porque não, possam adquirir (no sentido financeiro mesmo) as condições humanas para tornar viável uma candidatura, por mais absurda que seja as pretensões representativas¹¹.

Por isso, o despotismo permanece intacto por intermédio da democracia moderna:

Liberdade sem oportunidades é um presente diabólico, e a negação dessas oportunidades, um crime. A sorte dos mais vulneráveis nos dá uma clara medida da distância que separa o ponto onde nos encontramos de algo que pudéssemos chamar de “civilização”. Durante a minha fala, mil crianças morrerão de doenças facilmente preveníveis, e quase duas mil mulheres morrerão ou ficarão seriamente incapacitadas na gravidez ou no parto por falta de cuidados e medicamentos básicos. [...] É sobre o pano de fundo dessa realidade que qualquer discussão séria sobre a liberdade humana deve ser levada a cabo.¹²

E o despotismo, que exercido agora pelo Capital¹³ e não pela Religião, faz uso de outra fundamental ferramenta desde os tempos da Revolução, qual seja a escravidão intelectual. A “liberdade moderna” não foi capaz de quebrar os grilhões que rebaixam o cidadão a mero hospedeiro da retórica alheia. A ausência de senso crítico é cada vez maior, pois.

Há também o subproduto da escravidão intelectual que é o analfabetismo funcional. Os números governamentais afirmam o quase-zero percentual de analfabetismo. E como subproduto do analfabetismo funcional está a proliferação de universidades, ou melhor, faculdades que reproduzem mecanismos e pedagogias *enlatadas*, paradigmas de uma baixa educação, uma educação formal, diplomática (no sentido de se obter diploma).

¹¹ “Com efeito, quando se trata da democracia em uma situação ou momento determinados, vemos que muda a natureza do sujeito participante, o espaço ou lugar em que participa, sua forma de participar e o objeto, a matéria, sobre os quais recai sua participação” (VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Entre a realidade e a utopia: ensaios sobre política, moral e socialismo**, p. 84).

¹² CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?**. Neoliberalismo e ordem global, p. 10.

¹³ “Tipicamente, o Iluminismo é concebido com um – se não o – momento decisivo no avanço da modernidade, e a fusão da modernidade com o capitalismo torna-se prontamente visível na maneira como as teorias da modernidade ligam o Iluminismo ao capitalismo. Presume-se que os traços característicos do Iluminismo estejam associados ao desenvolvimento do capitalismo, quer porque o capitalismo inicial, em seu processo de desdobramento os teria criado, quer porque o avanço da racionalização que produziu o Iluminismo também teria trazido consigo o capitalismo.” (WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo**, p. 114).

Nesse contexto, por incrível que possa ser, a democracia moderna tem alcançado níveis de valor universal, de dogma intocável. A democracia atualmente é uma categoria capaz de se encaixar nos mais variados discursos, como uma palavra de cunho mágico, capaz de tornar legítima qualquer insanidade ideológica.

Em um sopro de lucidez, teria afirmado Churchill: A democracia é a pior coisa que já vivemos, fora todas as outras. Há muito tempo a democracia como valor universal transpassa por temores de sua verdade.

No Brasil, a exemplo de vários outros países ocidentais ditos “em desenvolvimento” – que mais próximo da realidade significa países com índices sociais miseráveis incrementando seu PIB e suas relações mercantis globais – a democracia moderna tem encontrado vasto campo de atuação.

Não tão coincidente, nos países de tais características como o Brasil, as instituições idealizadas pelos ventos da modernidade estão em plena discussão, em uma crise constante de existencialismo. No Brasil mesmo, está se discutindo formas de sufrágio universal. O institucionalismo ocidental burguês (Rousseau) há pouco efetivamente instalou-se no país e tem enfrentado constantes “reformas”, ainda que meramente simbólicas.

Por isso e tantos outros motivos, o Brasil é ícone dos países que se podem afirmar sofrendores do mal da modernidade tardia. Enquanto em outros países já se discute a superação da democracia moderna, por exemplo, no Brasil está se discutindo formas de incrementar o sistema eleitoral representativo. Enquanto no Brasil se reafirma o valor universal da democracia e da própria modernidade, em outros países já se fala em pós-modernidade ou pós-racionalidade.

Roy Baskhar¹⁴, por exemplo, um dos autores do realismo crítico, é tido por alguns de seus críticos como um autor *post-philosophical*.

Ressalte-se, entretanto, que há um certo ar de cinismo e prepotência nas teorias *pós-qualquer coisa*. Aquele que se coloca como *pós-qualquer coisa* pressupõe ter superado o *pré-qualquer coisa*, ou seja, que suas idéias são revolucionárias a

¹⁴ BASKHAR, Roy. *Philosophy and idea of freedom*, p. 19.

ponto de defenestrar, até da história, as idéias contrárias anteriores. Contrárias sim, porque a superação do *pré-qualquer coisa* pressupõe a adequação da verdade ao tempo e modo pelo qual ficam suprimidas ou revogadas pelo *pós-qualquer coisa*.

É dizer, em outras palavras, o novo superando o velho. Tal qual é a defesa da chamada pós-modernidade, ou superação de algumas heranças modernas, como podemos citar Michel Maffesoli (2004) e Zygmunt Bauman (2001), por exemplo.

Ocorre que não há indícios suficientes para que se aponte a superação da modernidade. No continente Europeu, por exemplo, se há monarquias atuantes na sociedade local, símbolo máximo do *ancient régime*, como afirmar estar superada a modernidade? Democracia moderna, república parlamentarista, capitalismo, liberalismo econômico ou político são categorias que sucumbiram nos hodiernos tempos? Não, parece-nos que não.

Ressalve-se que a celeridade dos fenômenos sociais é de uma notória velocidade tal, que sabidamente a filosofia, a sociologia, a ciência política e, mais vagorosamente ainda, o Direito não conseguiriam acompanhar suas conseqüências ou mesmo racionalizar os fenômenos a tempo de suas próprias ocorrências.

Assim, não se descarta a existência de movimentos sociais (nas artes, por exemplo) que possam representar a não-racionalização, o hedonismo, o *carpe diem* ou mesmo, como se quer, o pós-modernismo. Mas daí, afirmar-se tratar-se de um novo período histórico, nesse momento, é mais que exagerado.

O evento recente da "crise dos alimentos", onde houve déficit de abastecimento de ração humana nos mercados europeus, é prova de que a modernidade é viva. Karl Marx ainda no Século XIX já havia previsto tal situação. Mesmo a criação de blocos geoeconômicos já havia sido previsto por autores modernos.

Não é demais afirmar que se vive atualmente o *clímax* da modernidade, a alta modernidade, e não sua morte, ou, ainda que em última análise, o início da baixa modernidade, com as crise dos paradigmas.

Fukuyama embebedou-se das prepotências essas a ponto de redigir a famigerada obra em que supunha e propagava o “fim da história”¹⁵, inspirado no fim dos anos 80 com a queda do *Mauer*¹⁶ de Berlim.

A estória do “fim da história” não é novidade no que se pode chamar de filosofia. A história pretensamente já teve seus fins anunciados, por exemplo, quando Cristo padeceu pela opção de seus irmãos judeus à Barrabás; quando se descobriu não ser *flat* o planeta passível de navegação; e tantos outros eventos.

Mas o exemplo mais clássico é o declínio do Império Romano, quando seus dominados perderam o paradigma norteador de toda uma Era. Não despropositado é o período histórico batizado de *middle-ages* (ou medieval), ou seja, entre eras ou tempos: entre a Era marcada pela existência do Império Romano e a Era do que não-se-sabia-o-que-viria.

Fukuyama caiu na mesma retórica que ciclicamente reaparece na filosofia. Ao tempo em que alcançou o predicado de *best-seller* também alcançou certo descrédito na filosofia. E aqui se pode, por exemplo, resgatar uma obra datada de 1835 de Alexis de Tocqueville¹⁷, intitulada originalmente *De la démocratie en Amérique* (Livro 1), onde o autor de forma profética até, assim afirma nas “conclusões” do livro:

Há hoje na Terra dois grandes povos que, partindo de pontos diferentes, parecem avançar rumo ao mesmo objetivo: os russos e os anglo-americanos. [...] O americano luta contra os obstáculos que a natureza lhe opõe; o russo está às voltas com os homens. Um combate o deserto e a barbárie, o outro a civilização revestida de todas as suas armas. [...] Para alcançar seu fim, o primeiro e apóia no interesse pessoal e deixa atuar, sem as dirigir, a força e a razão dos indivíduos. O segundo concentra de certa forma num homem a potência da sociedade. [...] O ponto de partida de ambos é diferente, diversos são seus caminhos; no entanto cada um deles parece chamado, por um desígnio secreto da Providência, a ter um dia em suas mãos o destino da metade do mundo.

¹⁵ Tal tema, registre-se, também não é novidade. Fukuyama fora criticado por inúmeros autores, dos quais, destacamos Ellen M. Wood e John B. Foster na obra **Em defesa da história**: Marxismo e pós-modernismo. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar Editores, 1999.

¹⁶ “Muro” – tradução livre da língua alemã.

¹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: Leis e costumes, p. 476-477.

E com essas exatas palavras termina a obra Tocqueville. Falar-se em fim da história? Em pós-modernidade? Tocqueville, com mais de um século de antecedência, pode ter previsto, propositalmente ou não, a Guerra Fria.

O Século XX, sem dúvida, é marcado pelo clímax da estupidez humana. Ascensão e queda de ideologias são marcos só menores que a própria Guerra. Entretanto, a análise aparentemente fácil de se fazer é dos términos das coisas. Aos derrotados a morte.

Ora, o discurso de que o socialismo (“real”) “não deu certo” é tão tenebroso quanto que o discurso de que o capitalismo “deu certo”. Deu certo ou não deu certo para quem? Em que circunstâncias? O que é “dar” ou “não dar certo”? Proclamar a “morte do socialismo”, pois, é tão superficial e equivocado quanto proclamar a “morte do nazismo”.

A tecnologia (maquinaria) pode estar depreciando a mão-de-obra jurídica, assim como ocorreu na Revolução Industrial, que nas palavras de Ricardo¹⁸ podem até aumentar a produção e até as forças produtivas do trabalho, porém, conseqüentemente, simplificando e depreciando o trabalho qualificado.

Nesse contexto, com as ressalvas devidas, a desobediência civil não é algo que caracterize desconectividade com o período histórico¹⁹, até como uma força contra-hegemônica. Com a crise dos paradigmas, revoltas (aquém de revoluções) podem e o são freqüentes, como reação a uma espécie de mundo, uma visão do ser, uma espécie de sociedade que começa a ruir por seus próprios fundamentos.

¹⁸ RICARDO, David. *On the principles of political economy and taxation*. Londres, 1821 p. 479 *apud* MARX, Karl. **Salário Preço e Lucro**, p. 91.

¹⁹ “Habría que volver a despertar en el pecho de estos hombres el sentimiento humano de si mismos, el sentimiento de la libertad. Solamente este sentimiento, que ha desaparecido del mundo con los griegos y que el cristianismo hace perderse en el vapor azul del cielo, puede volver a convertir a la sociedad en una comunidad de hombres proyectados hacia fines más altos, en un Estado democrático.” (ABENSOUR, Miguel. **La democracia contra el estado**, p. 51).

2 SOBRE O VIGOR-VIRIL DO SUBCONSTITUCIONALISMO

O Brasil, profundamente inserido no contexto mundial hegemônico do neoliberalismo, com a doutrina do estado mínimo e da ideologia capitalista, (ainda que travestida de pseudo-desenvolvimentismo), tem oferecido serviços públicos cada vez mais precários, dentre os quais, inexoravelmente, encontra-se o serviço público da jurisdição.

O cotidiano freqüente de microfalências²⁰ dos setores do Estado atinge visceralmente o Poder Judiciário, que tem lutado com os poucos instrumentos que ainda dispõe, para que seu serviço não se resuma à burocracia processual e atinja de fato o caráter social da atividade do *júris dictio*.

Logo a jurisdição, tão importante mecanismo de garantia da própria sobrevivência do chamado Estado Democrático de Direito, que necessita de ferramentas das mais variadas para que sua efetiva entrega alcance todas as pessoas de sua alçada:

Una exigencia básica del modelo de Estado constitucional democrático de derecho es que los ciudadanos gocen de un alto grado de seguridad jurídica, es decir, que el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas.

[...]

En todo caso, la seguridad jurídica debe ser compatible con el Estado constitucional democrático de derecho; en particular, debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, lo que significa que estos han de poder ser ampliados, pero están subtraídos del poder mayoritario, incluso unánime – esto es, de las legislaturas -, con el objeto de que no sean indebidamente reducidos o suprimidos.²¹

²⁰ [...] a invasão constante de interesses privados no sistema jurídico leva à inconsistência jurídica e à destruição das relações de continuidade entre regra e decisão jurídica, em suma, não permite a consolidação do sub-sistema jurídico, que é constantemente desestabilizado pela penetração de forças externas, em particular pelo poder do dinheiro e da política, levando à produção caótica de normas e regulamentos que não consideram os textos jurídicos. Nesse contexto, o papel da Constituição como domesticador da política perde sua eficácia para transformar-se em um sistema simbólico destituído de conseqüências normativas, utilizado de forma aleatória para legitimar medidas *ad hoc*" (SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social, p. 100).

²¹ HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. **Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional**, p. 299-300 *In* MALEM, Jorge [et. all] *La función judicial: ética y democracia*.

E a realidade é perversa: na mesma proporção de velocidade em que ocorre a falência estatal, a exemplo do serviço da jurisdição, ocorre a cada vez maior busca pelo seu *mínus*. A contradição histórica é evidente e o colapso de tão importante serviço estatal é inevitável.

Dizer-se em garantias constitucionais no processo brasileiro, no atual contexto, nada mais é que uma simples falácia jurídica. Tal falácia, todavia, tem gerado graves conseqüências sociais, das mais onerosas, pois não raras vezes, a jurisdição tem sido a última fronteira do cidadão na busca pela garantia de seus direitos, que dos mais elementares e fundamentais, cada vez mais mitigados.

Aparentemente no mesmo contexto de garantias constitucionais, o Poder Legislativo brasileiro em uma demonstração simbólica progressista, aprovou reconhecidos textos legais de grande repercussão no mundo jurídico, a citar os conhecidos textos do Código de Defesa do Consumidor (Lei Ordinária Federal nº 8.078/90) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Ordinária Federal nº 8.069/90).

Ocorre que, de outra ponta, contrário aos ventos simbolicamente progressistas, na virada da década de 80 para 90, o mundo encontrava-se em uma plena caminhada rumo ao neoliberalismo. A queda do *Mauer* de Berlin simbolicamente (porque a Alemanha Oriental já havia “caído” de fato) marca o triunfo da hegemonia ocidental²², do capitalismo democrático moderno, do estado mínimo e do liberalismo econômico globalizado:

La concepción del mundo que hegemónicamente se ha impuesto, y con mayor determinación a partir de la disolución del bloque socialista, es la de una sociedad determinada e impulsada por el libre mercado. Esta concepción, que también se ha identificado con la del pensamiento único, tiene un sustento material que corresponde a las características, formas y dinámicas de la producción de bienes y servicios u de cómo se intercambian, distribuyen y consumen en un contexto de mundialización del capital.²³

²² “Ocidental” porque apesar da globalização ter se expandido, algumas sociedades não-ocidentais parecem manter-se diretamente fora do contexto hegemônico neoliberal clássico.

²³ LÓPEZ, Berenice P. Ramírez. Centroamérica **en la actual expresión de la hegemonía estadounidense**, in CECEÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonías y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 89.

Todavía, nada é eterno, muito menos o capitalismo com o seu alto grau autofágico:

Todo nace, se desarrolla, envejece y muere. Esta ley de la naturaleza también rige el curso de la historia. El ciclo que se inicia con el nacimiento y concluye con la muerte se cumple en toda formación económico-social: así ocurrió en la sociedad gentilicia, el esclavismo y el feudalismo, y así ocurrirá, de manera inexorable, en el capitalismo y en cualquier otra forma de economía y sociedad que llegue a sucederle, tanto en el futuro predecible como en el que ni siquiera alcanzamos a imaginar.

[...]

Nadie duda que la sociedad capitalista tenga mecanismos para prolongar su existencia. Sin embargo, crecen los peligros engendrados por todos y cada uno de esos mecanismos, mientras su efectividad paliativa decrece. La vía hipotética para postergar el estallido de las contradicciones antagónicas del capitalismo, sería la expansión del desarrollo del Norte al Sur, algo que resulta imposible en virtud de las leyes que rigen el movimiento del capital, entre ellas la ley del desarrollo económico y político desigual.²⁴

Assim, ainda que com a ressalva da inevitável insustentabilidade do sistema neoliberal, a Constituição da República Federativa do Brasil nasce com um sem número de garantias que o Estado, já na época de sua promulgação, não dispunha de instrumentos capazes de efetivá-la. Na contramão da história sócio-econômica do país, o texto constitucional cria uma crise institucional brasileira que coloca em cheque o *ideal* com o *real*.

O chamado “garantismo”, adjetivo (que a depender do tom empregado pode soar pejorativo) dado ao movimento que, em detrimento às vezes até da legislação infraconstitucional, invoca as garantias constitucionais, é colocado em cheque diante da falência das instituições estatais. Como falar-se em garantias constitucionais²⁵ em pleno *clímax* do Estado mínimo?

²⁴ ÁLVAREZ, Roberto Regalado. **América Latina entre siglos**: dominación, crisis, lucha social y alternativas políticas de la izquierda, p.17.

²⁵ Devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência.

Pode-se entender o direito moderno como “um modelo de direito positivo, direito posto pelo Estado”²⁶, um direito produzido pelo Estado Moderno “a partir e em torno do qual os juristas desenvolveram uma atividade técnica – e não política –, esse modelo de direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista”²⁷.

O modo de produção capitalista tem como requisito único de validade a representação popular, associada à maioria legislativa, encontrando seus pressupostos de validade na separação dos poderes na vinculação do judiciário às leis²⁸.

Na modernidade da cultura positivista, ‘nenhum Direito está de fato à altura desta reivindicação universalista, todo direito é particularizado, não realiza o verdadeiro interesse geral, mas apenas o interesse médio de uma elite minoritária; todo Direito é temporário: apenas transitoriamente constitui a expressão legítima das condições adequadas de desenvolvimento da sociedade’. O Direito, enquanto dogmática normativa produzida pela força e pela imposição do Estado burocratizado (quer seja capitalista, quer seja socialista), procura excluir de sua dinâmica histórica uma interação e uma fundamentação mais íntima com o social, o econômico, o político e o filosófico.²⁹

Há sem dúvida uma potência no ar jurídico que é o *subconstitucionalismo*, ou o constitucionalismo de baixa aplicabilidade, formal, que defende a posição anão atuante da hermenêutica constitucional da qual já se mencionou.

No Brasil, Lenio Luiz Streck³⁰ tem se destacado como um dos autores defensores de uma constituição aplicável com força normativa, no que chama de discurso ou teoria *procedimentalista* e *substancialista*. Lenio tem contribuído de forma significativa ao debate ora provocado. Ingo Wolfgang Sarlet (2009) e George Malmsteim (2008), autores membros do Judiciário, integram a lista daqueles que contribuem para um constitucionalismo combativo e atuante no cotidiano dos

²⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 99.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 101.

²⁸ “El hombre no existe a causa de la ley, sino que la ley existe a causa del hombre, es una existencia humana, mientras que en las otras formas políticas el hombre es la exigencia legal” (MARX, Karl. *Critique du droit politique bégélien*, p. 69, *apud* ABENSOUR, Miguel. **La democracia contra el estado**, p. 77).

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no direito, p. 61.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 13 e ss.

cidadãos brasileiros. No âmbito latinoamericano, podemos também destacar os escritos de Roberto Gargarella (2008).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: o prelúdio do *chaos*

É nesse contexto hegemônico, como dito, que a Constituição completa mais de duas décadas no centro dos mais variados debates, dos quais alguns profundos, inclusive, como “visão de mundo”, ou melhor, “visão de Brasil”. Longe de imaginar, todavia, uma convergência sobre a “visão de Brasil” o constitucionalismo vive suas crises como reflexo, inexorável, da própria crise da institucionalidade burguesa³¹ do século XXI (com as pitadas da modernidade tipicamente tardia do Brasil).

A abstração liberal, do chamado Estado Democrático de Direito, é a imposição de uma dada visão de mundo, é a “expresión de los antagonismos sociales presentes en la institucionalidad burguesa y mientras que el espacio de la afirmación de la igualdad formal y del dominio de la llamada ley estatutaria”³².

Parece que se vive tempos de puro hedonismo, de fuga à racionalização, de simbolismos, consumismos e outros vícios que rebaixam a atividade cognitiva, muito provavelmente, à própria condição de ser humano. Alguns traduzem tais tempos como a transição entre a modernidade e a pós-modernidade.

Certo é que estamos assistindo lenientes a falência das instituições estatais, fenômeno esse patrocinado pela ideologia neoliberal e do voraz capitalismo que se tornou hegemônico nas sociedades ocidentais, dentre as quais o Brasil³³.

³¹ “De modo más específico, las peticiones del burgués de 1789 están contenidas en la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de aquel año. Este documento es un manifiesto contra la sociedad jerárquica y los privilegios de los nobles, pero no a favor de una sociedad democrática o igualitaria [...] En conjunto, el clásico liberal burgués de 1789 (y el liberal de 1789-1848) no era un demócrata si no un creyente en el constitucionalismo, en un Estado secular con libertades civiles y garantías para la iniciativa privada gobernado por contribuyentes y propietarios.” (HOBSBAWN, Eric. **Las revoluciones burguesas**, p. 113).

³² LÓPEZ, Berenice P. Ramírez. Centroamérica **en la actual expresión de la hegemonía estadounidense**, in CECEÑA, Ana Esther (compiladora). *Hegemonías y emancipaciones en el siglo XXI*, p. 25.

³³ “A terceira fase, potencialmente a mais mortal, do imperialismo hegemônico global, que corresponde à profunda crise estrutural do sistema do capital no plano militar e político, não nos deixa espaço para

O texto constitucional, por sua vez, é de uma ineficácia quase que absoluta frente ao contexto hegemônico instalado no século XXI, diante da falta dos instrumentos garantidores de sua aplicação. A Constituição, portanto, não parece sair do campo do *ideal* para entrar no campo do *real*.

Por isso, o predicado *carta de princípios políticos* parece estar mais apropriado, frente à atualização histórico-hegemônica, que propriamente, um *texto normativo de auto-aplicabilidade*. É dizer, há um hodierno rebaixamento do texto constitucional.

A Constituição ainda não é presença marcante na aplicação do Direito, conduzindo a um atuar “conforme”, muito embora o discurso de sua supremacia esteja na boca de todos. A predominância do estudo da matéria infraconstitucional, os ementários caducos, os discursos de autoridade, enfim, o sentido comum teórico ainda prolifera no imaginário dos juristas³⁴ e colaboram para obstruir a efetivação da normativa constitucional, por consequência, suas garantias.

O contexto transnacional do “triumfalismo” hegemônico nesse século XXI não é desconexo com a realidade processual no Brasil. A *práxis* de desrespeito ao texto constitucional só reitera a *síntesis* da contradição entre um texto político progressista e minimamente socialdemocrata com a realidade neoliberal de Estado mínimo e de ideologia capitalista.

Em tal contexto hegemônico, impossível se torna a efetivação da garantia dos direitos constitucionais. Difícil é imaginar cenário diverso diante da derrocada completa do sistema constitucional brasileiro. A falência do instituto do devido processo legal, por exemplo, é consequência inevitável da própria falência da jurisdição.

tranquilidade ou certeza. Pelo contrário, lança uma nuvem escura sobre o futuro, caso os desafios históricos postos diante do movimento socialista não sejam enfrentados com sucesso enquanto ainda há tempo. Por isso, o século à nossa frente deverá ser o século do ‘socialismo ou barbárie’” (MÉSZÁROS, István. **O século XXI**. Socialismo ou barbárie?, p. 109).

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 79 e ss.

É assim que se abrem as portas do prelúdio do caos. Caos social, jurisdicional, institucional, por assim dizer. Caos previsível e inexorável à institucionalidade posta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABENSOUR, Miguel. **La democracia contra el estado**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue, 1998.

ÁLVAREZ, Roberto Regalado. **América Latina entre siglos: dominación, crisis, lucha social y alternativas políticas de La izquierda**. 2ª. ed. Habana, Cuba: Ocean sur, 2006.

BASKHAR, Roy. **Philosophy and idea of freedom**. Oxford, Reino Unido: Blackwell, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar Editores, 2001.

CECEÑA, Ana Esther (compiladora). **Hegemonías y emancipaciones en el siglo XXI**. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2004.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?**. Neoliberalismo e ordem global. 5 ed. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Bertrand Brasil, 2006

DIAS, Edmundo Fernandes. **Política brasileira: embate de projetos hegemônicos**. São Paulo/SP, Brasil: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)**. Buenos Aires, Argentina: Diglo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo/SP, Brasil: Malheiros, 2005.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Multidão**. Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Record, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2008.

HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. **Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional**. In MALEM, Jorge [et. all] La función judicial: ética y democracia (Filosofía del Derecho). Barcelona/SPAÑA: Gedisa Editorial, 2003.

Ozawa, Luiz Fernando. Síntese histórica do subconstitucionalismo de ocasião e o prelúdio do caos: reflexões do contexto hegemônico transnacional sensível ao Brasil e seu pro-antagonismo ao garantismo constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HOBBSAWN, Eric. **Las revoluciones burguesas**. Barcelona, España: Guadarrama, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo/SP: Atlas, 2008.

MASSUN, Ignacio. **Las ideologías en el siglo XXI**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Metodos, 2004.

MARX, Karl. **Salário Preço e Lucro**. Bauru/SP: Edipro, 2004.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. Disponível em: http://www.releituras.com/cmeireles_bio.asp. Acesso em 21.04.2010 às 22h10min.

MÉSZÁROS, István. **O século XXI**. Socialismo ou barbárie?. 1 ed. São Paulo/SP, Brasil: Boitempo Editorial, 2003.

ROITMAN, Marcos Rosemann. **Democracia sin demócratas y otras invenciones**. Madrid, Espanha: Ediciones Sequitur, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Enciclopedia iberoamericana de filosofia**. 2ª. Ed. Madrid, España: Ed. Trotta, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 2ª. Ed. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2003.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Jorge Zahar Ed., 2004

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro/RJ: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Ciência política e teoria do Estado**. 6ª. Ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: Leis e costumes. (Livro 1). São Paulo/SP: Martins Fontes: 2005.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Entre a realidade e a utopia**: ensaios sobre política, moral e socialismo. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: civilização brasileira, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo

Ozawa, Luiz Fernando. Síntese histórica do subconstitucionalismo de ocasião e o prelúdio do caos: reflexões do contexto hegemônico transnacional sensível ao Brasil e seu pro-antagonismo ao garantismo constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Horizonte/MG, Brasil: Del Rey, 1996.

_____. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 2ª.

Ed. São Paulo/SP, Brasil: Alfa-omega, 1997.

WOOD, Ellen M. e FOSTER, John B. **Em defesa da história**: Marxismo e pós-modernismo. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar Editores, 1999.

WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo**. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Jorge Zahar Ed., 2001.