

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO SÉCULO XXI E A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM IMPASSE HISTÓRICO-MATERIALISTA
SOCIAL CONSTITUTIONALISM IN THE 21st CENTURY AND THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS: A HISTORICAL-MATERIALIST IMPASS

Mário Lúcio Garcez Calil

Pós-Doutorado (bolsista PDJ-CNPQ) e estágio pós-doutoral (bolsista PNPd-CAPES) pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Professor Associado V da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul (Brasil).
Email: mario.calil@yahoo.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0181863093464555>.

Pedro Tomaz Manfrim

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul (Brasil).
E-mail: ptm14199@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2499771536473586>.

Autores convidados.

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar um diagnóstico teórico acerca da questão do constitucionalismo social no Século XXI, estigmatizado por uma ineficácia para a materialização dos célebres direitos garantidos pela lei, com especial atenção à realidade brasileira, em uma abordagem fundida à discussão teórica acerca da natureza dos Direitos Humanos. Determinantemente, certa comunhão de impasses se verifica: tanto uma confusa e suspeita concepção sobre a natureza dos direitos em análise, quanto a hermética tradição constitucional brasileira mostram-se como protagonistas razões para a consecução do magno impasse constitucional, fator considerável para a existência dos atuais imbróglis jurídico-políticos, tais quais ativismo judicial, inchaço de emendas, instabilidade política, entre outros. Optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, utilizando-se, como método primário, o dedutivo. Justifica-se a pesquisa pela necessidade de se conferir verdadeira força normativa à Constituição de 1988, apesar do descompasso observável entre suas disposições sociais e a realidade. Concluiu-se que o fato de o constitucionalismo brasileiro não ser fidedigno à realidade local e a inadequação dos dispositivos que consagram direitos sociais são as mais graves causas do imbróglis de que se trata, de modo que são fatores que devem ser considerados por todos aqueles que se proponham a buscar soluções para essa problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Social. Ineficácia. Direitos humanos. Instabilidade.

ABSTRACT

This article aims to present a theoretical diagnosis about the issue of social constitutionalism in the 21st Century, stigmatized by an ineffectiveness for the materialization of the famous rights guaranteed by the law, with special attention to the Brazilian reality, in an approach

fused to the theoretical discussion about nature of Human Rights. Certainly, a certain communion of impasses is verified: both a confused and suspicious conception about the nature of the rights under analysis, as well as the hermetic Brazilian constitutional tradition, are the main reasons for the achievement of the great constitutional impasse, a considerable factor for the existence of the current ones legal-political imbroglios, such as judicial activism, swelling of amendments, political instability, among others. We opted for bibliographic and documentary research, with a qualitative approach, using the deductive as the primary method. Research is justified by the need to give real normative force to the 1988 Constitution, despite the observable gap between its social dispositions and reality. It was concluded that the fact that Brazilian constitutionalism is not reliable to the local reality and the inadequacy of the devices that enshrine social rights are the most serious causes of the imbroglio in question, so they are factors that must be considered by all those who propose to seek solutions to this problem.

KEYWORDS: Social Constitutionalism. Ineffectiveness. Human rights. Instability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar um diagnóstico teórico do constitucionalismo social no Século XXI, estigmatizado pela ineficácia resultante da a materialização dos direitos humanos, atendendo-se, especialmente, para a realidade brasileira, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental.

Faz-se uma abordagem qualitativa, pareada com a discussão teórica acerca da natureza dos Direitos Humanos, tendo como ponto de partida o atual panorama constitucional, contemplado sob a perspectiva das não poucas intempéries políticas de matizes constitucionais.

A principal delas é denominada, neste trabalho, de *disfunção prática* das promessas legais, conceito que equivale a tudo aquilo que legalmente se promete quanto a direitos e garantias fundamentais, com sustento doutrinário no conceito de dignidade da pessoa humana, essencialmente presente em matéria de direitos humanos e sociais.

Revela-se, entretanto, no mundo fenomênico, uma disfunção, pois o que a realidade cotidiana demonstra são as mais diversas queixas dos cidadãos, das mais variadas posições sociais, diante da confrontação com esse panorama, relatos que transmitem a ideia de uma Constituição distante da realidade do particular.

Utilizou-se, no desenvolvimento, a título de método primário, o dedutivo. O trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, foram tratadas as origens do constitucionalismo contemporâneo e sua definição como remendo quanto às atrocidades vivenciadas durante a primeira metade do Século XX.

A seguir, foi trabalhado o dilema conceitual relacionado aos direitos humanos e a aporia entre sua previsão normativa e a realidade de sua aplicação. Finalmente, foi tratado o desgaste do constitucionalismo social na América Latina e as abordagens necessárias quanto às distorções observáveis desde sua origem eurocêntrica.

Justifica-se a pesquisa ora apresentada em decorrência da necessidade de se conferir verdadeira força normativa à Constituição de 1988, em que pese o descompasso observável entre suas disposições, especialmente as concernentes a direitos sociais, e a realidade nacional.

1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: ASTUCIOSO REMENDO

O filósofo político alemão Karl Loewenstein (1976), nome prestigiado na seara do direito e da filosofia do Estado, subsiste como aquele que, simbolicamente, definiu o fenômeno constitucionalista moderno, especialmente no Século XX, como a *vitória do direito sobre o governo*.

Referido conceito deixa transparecer a perspectiva de um expectador do agitado Século XX e que, de perto, acompanhou o surgimento e o declínio do governo tirânico experimentado durante o regime totalitário nazista, cujas pretensões de domínio e de ideais eram tão audaciosas quanto tenebrosas.

Referida definição pode representar, *mutatis mutandis*, a busca do animal político entre as limitações impostas pelo poder absoluto, no contexto de um movimento de alcance jurídico, todavia, de feições nitidamente sociológicas, em clara resposta ao despotismo prático permitido pelos ordenamentos jurídicos totalitários.

A perspectiva paleopositivista extrema, durante a ascensão dos regimes autoritários de leste a oeste do globo terrestre ao longo do conturbado Século XX tornou-o o mais sangrento da história, temperado pelas mais conhecidas atrocidades humanitárias das quais se tem registro.

A solução jurídico-legislativa alemã para solucionar e prevenir novos atentados tirânicos em breve se tornaria uma tendência no Ocidente, qual seja, a criação de uma Constituição poderosa, que contivesse normas de alto quilate ético, mediante a qual deveriam se pautar os chefes de Estado e de Governo.

Referidas normas imperariam, também, sobre os Poderes Legislativo e Judiciário, de maneira que se, por um acaso, alguma lei, ato executivo ou decisão judicial contrariasse os ditames constitucionais, estes seriam inválidos, em razão das disposições da Constituição.

A racionalidade desse sistema passou a ser considerada a solução jurídica para limitar o uso dos poderes políticos. Tornou-se uma tendência no Ocidente, especialmente a partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como consequência dos eventos da Segunda Guerra Mundial.

A Declaração, de elevado valor ético, com o curso dos acontecimentos, tornou-se referência de principiologia para as nações, que passariam a repetir seus fundamentos em seus ordenamentos jurídicos internos, bem como a promover a integração de seus ditames às suas Constituições nacionais.

Passados mais de setenta anos do início desse processo, o fenômeno constitucionalista, da perspectiva dos cidadãos, tem a aparência de um conjunto imenso de longínquas promessas, distantes da realidade dos cidadãos, belíssimas formalidades, cuja frágil implementação se realizaria apenas se os poderes se dedicassem aos cidadãos.

Daí é que se extrai a lamentável conjuntura presente, que leva muitos indivíduos a terem o sistema constitucional como incompatível com a realidade, demonstrando tratar-se o constitucionalismo de um *astucioso remendo* dos traumas coletivamente experimentados pelo mundo durante o Século XX.

2 O DILEMA DOS DIREITOS HUMANOS

Os desafios da implementação prática dos Direitos Humanos fez com que uma gama de juristas hispânicos, especialmente Joaquin Herrera Flores, ao investigarem o problema, identificassem que das disfunções, se confundiam com a própria natureza histórica e jurídica dos direitos humanos.

Sobre isso, assinalam Victor Abramovich e Christian Courtis (2002, p. 21) que “[...] aqueles que afirmam a tese de um defeito de nascença de direitos econômicos, sociais e culturais como direitos pretendidos, acreditam que veem em sua natureza a origem da impossibilidade de alcançar sua aplicabilidade”.

Herrera Flores adverte que os Direitos Humanos devem ser analisados com verdadeiro pragmatismo, isto é, fugindo-se de fantasias que apenas reforçam sua imaterialização. Assim, é preciso analisar o que efetivamente são, e principalmente como aquilo que já foram, como nasceram, e por que e por quem foram criados/conquistados

Assim, é preciso “[...] trazer à tona as decisões e obrigações que assumimos na hora de abordar problemáticas nas quais estão implicados diretamente seres humanos concretos e

reais". Seres humanos com os quais (e para os quais) trabalhamos” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 15).

Assim, é crucial “[...] exibir publicamente os planos, formas e compromissos a partir dos quais vamos sustentar opiniões, formular regras e propor soluções que nos encaminhem para uma ideia concreta e crítica de dignidade” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 15).

Nessa formulação, o autor se propõe a analisar os Direitos Humanos como *produtos culturais* de certas civilizações, em determinados momentos históricos e eivados de suas razões primordiais e *convenções ideológicas de ser*. Assim, seria possível elucidar, em grande parte, seu comportamento volátil quanto a interesses políticos.

O desenvolvimento da sobrerreferida perspectiva permitiria determinar as disfuncionalidades da atual conjuntura política. Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli também busca quebrar os mesmos paradigmas hermenêutico acerca da natureza específica dos direitos humanos.

Como bem destacado por Joaquín Armando Meija Rivera, Ferrajoli ressalta que Estado e lei não são fatos naturais, mas, sim, fenômenos artificiais e convencionais, construído por indivíduos para proteger suas necessidades e direitos (MEIJA RIVERA, 2012, p. 171).

Dentre esses estariam: o direito à *vida*, a partir de Hobbes; os direitos de *liberdade* e de *propriedade*, de acordo com Locke; e os direitos *políticos* e *sociais*, que foram, por sua vez, adicionados, posteriormente, ao constitucionalismo moderno (MEIJA RIVERA, 2012, p. 171).

Herrera Flores (2009, p. 37) assinala a constituição dos Direitos Humanos tem mais relação com processos históricos do que normas e princípios de direito natural, pois seu nascimento foi precedido de lutas históricas consciente e engajadas, de personagens e civilizações, no decorrer da história ocidental, como a própria Declaração (1948).

Assinala que a lutas se desenvolveram pela *essência* destes direitos. que é a *dignidade*. Entende-os, portanto, que deve promover não simples acesso aos bens, mas, sim, “[...] que seja acesso igualitário e não esteja hierarquizado por processos de divisão do fazer”, pois “[...] a dignidade é um fim material” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 37).

Justamente essas lutas é que os caracterizam como *produtos Culturais*, ou seja, um direito resultante da atuação dos homens no mundo e da reação destes em relação à realidade. Essas proposições, no âmbito acadêmico brasileiro, batem de frente com as tradicionais concepções de Direitos Humanos, inclusive, a partir de Norberto Bobbio.

Isso porque afronta a ideia de hierarquia subjetiva de direitos, o que inaugura, nas palavras do próprio jurista, “uma nova maneira de pensar” tais direitos, libertando-os da “jaula de ferro” na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata (HERRERA FLORES, 2009b).

A opção do jurista pela ruptura total com qualquer aspecto imaterial desses direitos, centrada na noção essencial de dignidade como *acesso igualitário e universal aos bens de consumo e subsistência*, parece suprimir gravemente alguns dos mais importantes componentes do conceito de dignidade da vida humana.

Até porque, diferentemente de outros animais, os humanos dependem, para sua dignidade, de vários aspectos jurídicos imateriais, como, por exemplo, honra, imagem, identidade, privacidade, dentre vários outros. Assim, a abordagem estritamente materialista inclusive fez com que o jurista criticasse a noção de hierarquia.

A partir dessa crítica, passou a condenar a desigualdade não somente no âmbito econômico, como, também, no social, passando a vislumbrar a noção de superioridade de um sobre outro como opressão, no contexto da ausência daquilo que denomina *acesso igualitário aos bens*.

Esse entendimento, contudo, não representa demérito em relação à sua denúncia quanto ao viciado subjetivismo abstrato, tanto na compreensão da natureza quanto no tratamento dos Direitos Humanos. Aliás, seu mérito em ressaltar o processo de luta histórica por detrás do nascimento dos direitos humanos é claramente valioso.

Mais do que isso, o jusfilósofo nada mais faz do que demonstrar, de forma cabal e fundamentada, o equívoco teórico de se conjecturar a realidade de forma excessivamente materialista, sem espaço para a valorização de qualquer aspecto superior ao material.

3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: DESGASTANTE IMPASSE

No Brasil e em outros países ocidentais, sobretudo nos latinos, o constitucionalismo importado da Europa continental adquiriu um caráter *sui generis*: o “social”, que implica afirmar que a Constituição brasileira se caracteriza por uma infinidade de dispositivos voltados à consagração de *direitos sociais*.

A leitura do laborioso e analítico resultado do processo constituinte de 1987-1988, conforme Júlio Aurélio Vianna Lopes (2008), revela traços importantes de sua construção teórico-jurídica, culminaram no diploma que constituiu a ordem jurídico-política brasileira.

Com a formação de maiorias constituintes na Assembleia, o compromisso político geral nela formalizado é um “[...] consenso periférico sobre a ordem pública”, que demonstra que as transações entre as forças políticas “[...] produziram amplos consensos sobre a generalidade dos temas da ordem pública” (LOPES, 2008, p.175-176).

A partir disso, observa-se que a ideia de social-constitucionalismo, próxima à noção de democracia popular, estava presente não somente na classe política da época, mas, também, nos anseios populares representados na Assembleia e nos anseios das altas cúpulas de poder.

Com o passar dos anos desde outubro de 1988, entretanto, o problema acabou por tomar forma real, especialmente na crise de implementação dos direitos formalmente conquistados. Um exemplo que demonstra cabalmente essa perspectiva é o fenômeno do ativismo judicial.

Dada a importância jurídica da “carta magna”, os magistrados, por interpretação própria ou induzida, inferem, suprimem e preenchem lacunas em relação àquilo que interpretam como falta de regulamentação ou de efetivação no concernente aos direitos constitucionalmente consagrados, especialmente os sociais.

Desse modo, se imiscuem na missão de operarem “justiça” por seus próprios meios, seja por intermédio da jurisprudência ou de pressões público-midiáticas ao Poder Legislativo. Esse fenômeno conduz ao *inchaço constitucional*, de consequências extremas.

Desse modo, o ativismo judicial tem potencial de abalar as estruturas constitucionais e romper com a harmonia entre os poderes, uma vez que proporciona o embate recíproco entre as forças constitucionais, criando um panorama prejudicial à ordem pública.

Manoel Jorge e Silva Neto (2016), entretanto, compreendem que o problema da ineficácia de aplicação dos direitos sociais em terras brasileiras ocorre, sim, em decorrência da falta de “consciência constitucional”, em razão dos curtos e alternados períodos não autoritários.

Boaventura de Sousa Santos entende que dificuldade em perceber a ineficácia do modelo em garantir e efetivar direitos humanos na América Latina reside “[...] na cegueira imposta pelo padrão de poder do sistema-mundo global, da coloniedade, assumidos e exercidos no curso da sua história” (2011, p. 244)

Mais do que isso, “[...] as consequências da cegueira manifestam-se na representação distorcida das consequências” (SANTOS, 2011, p. 244), demonstrando, assim, por via racional, as razões pelas quais o constitucionalismo social brasileiro falha em sua missão de conformar a realidade.

Conforme Evilhane Jum Martins, Jerônimo Siqueira Tybusch e Giane da Silva Ritter Morello, a importação de características liberais-burguesas não é fidedigna à realidade local. O hiato constitucional do modelo de Neoconstitucionalismo eurocêntrico importado pelas nações latino-americanas destoaria da realidade local (2017, p. 97).

Além disso, de acordo com os referidos autores, somam-se os “[...] fatores econômicos do capitalismo neoliberal que exsurtem nas décadas de 1980 e 1990, que fez surgir o que se conhece hoje por “novo constitucionalismo latino-americano” (MARTINS; TYBUSCH; MORELLO, 2017, p.97-98).

Assim, o fato de o constitucionalismo brasileiro não ser fidedigno à realidade local, assim como a inadequação dos dispositivos dedicados aos direitos sociais são as mais graves causas do imbróglio de que se trata. Trata-se de fatores a serem considerados por quem quer que se proponha a buscar soluções para esse panorama.

CONCLUSÃO

A dissociação entre a ineficácia atualmente enfrentada pelo modelo constitucionalista social brasileiro e a natureza dos direitos humanos se observa a partir da natureza complexa e desses direitos e do tratamento excessivamente austero que recebem.

Tais fatores impedem sua aplicação na realidade, a despeito de sua constitucionalização formal. Trata-se, assim, de uma comunhão dos problemas: a viciada leitura da natureza dos Direitos Humanos, que clama por uma reanálise pragmática e a necessidade de um constitucionalismo adequado à realidade latino-americana.

O constitucionalismo brasileiro deve deixar de ser refém da ideologia globalista e eurocêntrica, que, por sua vez, determina, inconscientemente, uma específica e distorcida forma de pensar o constitucionalismo moderno, influenciada por esses ordenamentos, especialmente após a Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Quanto à análise da conjectura constitucionalista social, uma vez colocada em xeque a compreensão da natureza de direitos humanos e do modo de pensar a ordem constitucional, observa-se a forte tensão entre os paradigmas sociais simbólicos, que tornam necessário considerar uma imensa gama de hipóteses para sua reformulação.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 31 jul. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: www.dudh.org.br. Acesso em: 31 jul. 2019.

HERRERA FLORES, Joaquin. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A (Re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A Carta da Democracia*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

MARTINS, Evilhane Jum; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; MORELLO, Giane da Silva Ritter. As amarras do neoconstitucionalismo e as perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano: elementos paradigmáticos para a efetivação dos direitos humanos dos povos da América do Sul. *Revista de Direito Brasileira*, v. 17, n. 7, p. 90-107, mai.-ago., 2017.

MEIJA RIVERA, Joaquín Armando. *Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. Tegucigalpa: Guaymuras, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.