
O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A CRISE DE EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL TRANSVERSAL DO ESTADO SOCIAL

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro¹

Recebido em: 2012-02-13

Aprovado em: 2013-03-17

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.703

RESUMO: O “transconstitucionalismo” é um conceito recente e em formação, que significa o diálogo livre e positivo entre ordens constitucionais independentes a produzir o aproveitamento recíproco de racionalizações externas. Em especial na obra de Marcelo Neves encontra-se um conjunto de fenômenos contemporâneos associados ao transconstitucionalismo e que implicam numa margem larga de possibilidades destes diálogos. Aqui se propõe afirmar que a crise do Estado Social põe em cheque estes diálogos, pelo recrudescimento do direito constitucional liberal. A pós-modernidade dilui o constitucionalismo na sua estrutura presa a um Estado soberano. Novas instâncias decisórias esvaziam a maturidade constitucional da modernidade. A transversalidade constitucional é questionada em eficiência, eficácia e efetividade diante da crise do Estado Social. Então a hipótese inicial aqui é que a Constituição é ameaçada nesta função de transversalidade. Mas também se discute a alternativa de ênfase à eficiência da justiça e da administração, com fins a superar a crise.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Norma constitucional. Estado Social.

SUMMARY: The "transconstitucionalismo" is a recent concept and in training, that means free and positive dialogue between independent constitutional orders to produce the reciprocal use of external rationalizations. In particular in the work of Marcelo Neves is a set of contemporary phenomena associated with transconstitucionalismo and involving a wide margin of possibilities of these dialogues. Here is proposing to say that the crisis of the welfare state puts in check these dialogues, by the resurgence of liberal constitutional law. The post-modernity dilutes the Constitutionalism in its structure attached to a sovereign State. New decision-making bodies undermine constitutional maturity of modernity. The constitutional transversality is questioned in efficiency, efficacy and effectiveness on the crisis of the welfare state. Then the initial hypothesis here is that the Constitution is threatened this function of transversality. But also discusses the alternative of emphasis on the efficiency of Justice and administration, with the purpose to overcome the crisis.

Keywords: Transconstitucionalismo. Constitutional standard. Social State.

INTRODUÇÃO

Durante a modernidade o constitucionalismo evoluiu a ponto de atingir um nível de interação entre as ordens jurídicas, com um diálogo construtivo e sem romper as suas lógicas positivas de funcionamento. Neves (2009) reporta como “transconstitucionalismo” o diálogo entre ordens jurídicas nacionais e o Direito Internacional Público produzido a partir de organizações internacionais como os tribunais internacionais; o diálogo entre ordens nacionais e ordens supranacionais como a União Européia; o diálogo entre mais de uma ordem nacional; o diálogo entre ordens nacionais e transnacionais como a *lex mercatoria*; o diálogo entre ordens nacionais e ordens locais extraestatais como o direito indígena; e o diálogo entre ordens supranacionais (UE) e o Direito Internacional Público.

¹ Mestre pela UNESP/Franca, doutorando pela Universidade de Lisboa, professor de Direito da Fafra/Ituverava, da Uniara/Araraquara e da FESP/Passos.

Entretanto, várias crises na organização do Estado e do Direito indicam que atualmente vive-se um momento de transição, que ocorre entre a modernidade e uma “pós-modernidade”², em suas referências de fundamento do poder e de organização social. Inevitavelmente o constitucionalismo é e/ou será afetado pela hipótese de “pós-modernidade”. Para tanto basta observar que o Direito Constitucional dos Estados-membros da União Europeia já não pode ignorar o fenômeno da supranacionalidade; ou os tribunais constitucionais de muitos Estados democráticos não podem ignorar a regulação internacional dos direitos humanos; ou estes mesmos tribunais não podem ignorar as decisões das cortes privadas da *lex mercatoria* ou das organizações esportivas; ou, por fim, e o que nos interessa especialmente aqui, a equivalência de decisões das demais cortes constitucionais em decorrência de uma “globalização de problemas”.

Mas uma implicação relevante deste debate é a adoção de uma concepção de Constituição que não corresponde à clássica dimensão estatal soberana e territorialmente delimitada nos moldes do Direito Internacional. Ainda que pese as divergências sobre o conceito atual de Constituição, estes fenômenos de diálogo são evidentes, relevantes, jurídicos e próprios do Direito Constitucional.

Parte destes diálogos não são novidades no Estado constitucional, mas atualmente há maior proporção e evidência, e isto decorre de uma sociedade globalizada. A comunicação e a influência dos sistemas constitucionais na modernidade foram predominantemente marcadas por uma relação centro/periferia, a partir da hegemonia de alguns Estados. Mas a volatilidade e pulverização³ do poder na pós-modernidade ampliaram o leque de atores que definem a atualização do Direito Constitucional, a exigir do intérprete do Direito uma grande agilidade para detectar as transformações e se adaptar. Há um ambiente social que produz fenômenos abrangentes, de ordem econômica, política e cultural, com efeitos equivalentes ou aproximados entre sociedades nacionais distintas e seus ordenamentos jurídicos, que levam tendencialmente à produção de “transconstitucionalismo”, ainda que seus regimes não possuam abertura para tal, porque a força dos novos poderes globais rompe gradualmente os focos de resistência⁴.

²Durante a modernidade, tanto os dominados como os dominantes haviam sido considerados cidadãos ante a legislação do Estado ou, coletivamente, como povo ante a Constituição. (...). No entanto, na pós-modernidade o conceito de sociedade civil acabou sendo absorvido pelo mercado e não pelo Estado. Na verdade, a pós-modernidade não mais produziu uma identidade coletiva” DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 12. Esta questão, entre outras, afeta a identidade moderna. Se a Constituição perde a referência como instrumento de identidade coletiva, é substituída, pelo menos parcialmente, por novas formas de regulação. Ocorre uma “feudalização” das competências decisórias político-jurídicas, com uma concorrência e sobreposição conflituosa de instâncias, rompendo com a distribuição equilibrada do Estado Moderno entre ordem nacional e ordem internacional, e surgindo novas instâncias supranacionais, transnacionais e extraestatais que desmistificam o sentido polarizado entre o nacional e o internacional.

³Ao fim da polarização da guerra fria se anunciava uma hegemonização e unilateralismo norte-americano. Mas a força das transformações nos modos de organização social, sob o título reducionista de pós-modernidade, que alterou o sistema de produção capitalista, também atingiu o conjunto genérico das formas de cultura, como consumo, comportamento, estética, ética social, etc., num movimento centrífuga de homogeneização global, e que também contribuiu na ruína do socialismo do século XX, aponta para um cenário “multipolar”, onde, no campo da política, amparados pelo aparelho militar e pela força econômica, se destacam os EUA, a China, a União Européia e a Rússia, rodeados de potências regionais. Mas o mais significativo é a ascensão definitiva dos atores econômicos a um status transnacional amplamente livre de suas identidades nacionais e poderosamente superiores. Com tanta abertura para organização social, a criatividade humana ganha força com a multiplicidade, em todos os níveis de força, tamanho e características, na formação de organismos sem fronteiras privados e de fins diversos. Podem ser denominados ONGs, de organização predominantemente periférica, atuam neste cenário de volatilidade e pulverização do poder, onde não faz sentido restringir o Direito Constitucional à identidade nacional.

⁴O transconstitucionalismo é, como veremos, uma comunicação entre ordens constitucionais de Estados soberanos num nível horizontal, mas também ocorre na comunicação do sistema constitucional do Estado com estas novas formas de poder pós-moderno que não decorrem hierarquicamente das concepções monista ou dualista da relação nacional/internacional, mas que afetam e interessam às questões constitucionais. Assim, os autoritarismos não estão imunes a esta nova ordem, assim como o transconstitucionalismo não é uma exclusividade de Estados democráticos e de Direito.

Mas neste ambiente de nova ordem social mundial, a referência que nos interessa, não só pela sua natureza constitucional, mas também pela relevância social que decorre do seu modelo de constitucionalismo democrático e de direito⁵, é o Estado Social e o efeito que sofre pela mudança de paradigma e crise da modernidade.

É uma crise que afeta a eficácia e a efetividade da Constituição Social, tanto por não cumprir, no âmbito da Administração Pública, os compromissos públicos de serviços e benefícios de justiça social – saúde, educação, moradia, segurança, etc. -, quanto por não obter, da justiça, uma resposta adequada e suficiente às expectativas que recaem sobre um Estado Social Democrático e de Direito, para as demandas individuais ou coletivas – principalmente por conta da morosidade e burocratização do acesso à justiça.

Neste ambiente emerge o debate sobre o princípio da eficiência, tanto para a Administração Pública, quanto para a justiça, sob risco da própria eficácia e efetividade de seus fins, como veremos. Por outro lado, também se exige, principalmente das cortes constitucionais, um posicionamento sobre doutrinas e princípios que afetam este modelo de Estado e de Constituição, como a doutrina da “reserva do possível”, do “mínimo essencial”, da “proibição do retrocesso”, etc., todas relacionadas com a efetivação dos direitos sociais.

O constitucionalismo contemporâneo se depara com novos problemas e novos debates diante das transformações de intensificação da mobilidade social e da mobilidade da riqueza e de alteração veloz dos padrões culturais, econômicos e políticos. Além da mobilidade, há um mundo mais uniforme e de relativa padronização dos costumes, por força também do mesmo movimento global da indústria e do consumo, que impõe à ordem jurídica dos Estados de Direito, especialmente ao Direito Constitucional com a sua carga principiológica elevada, a necessidade de atualização, seja para resistir às investidas de ruptura ilegítima do padrão social e ético, seja para mudar o que é devido pela evolução natural e consensual.

Especialmente a regulação e proteção dos direitos fundamentais na ordem internacional, mas também nas novas instâncias pós-modernas de produção de direito ou em instâncias antigas que emergem neste ambiente propício agora precisam interagir com a regulação estatal. Ou também fenômenos como a emergência e constitucionalização do Direito Comunitário, a multirregulação dos fenômenos sociais (Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito da Criança e do Adolescente, Direito do Idoso, etc.), e a redução do Estado sob a lógica do neoliberalismo, estão entre as questões que levam à redefinição do papel do Estado e da Constituição.

A perspectiva abordada aqui considera que a Constituição moderna dos Estados de Direito evoluiu para um estado de transversalidade que possibilitou a comunicação entre sistemas sociais, especificamente o sistema jurídico e o sistema político⁶.

⁵“O constitucionalismo social traz consigo o reconhecimento constitucional desta questão social que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais. (...) 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, exemplificadamente”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 178. Também em BOLZAN DE MORAIS (p. 181): “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”. Cita-se os fragmentos do Prof. Bolzan para delimitar a noção, aqui recorrente, de Estado Social constitucional e das suas promessas.

⁶“A Constituição é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados; trata-se, porém, de um mecanismo cujo desenvolvimento depende de amplos processos sociais. Sem um certo contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 56). Marcelo Neves desenvolve o conceito de Constituição transversal a partir da “teoria de sistemas” de Niklas Luhmann.

Mas o conceito de Constituição transversal⁷ explorado por Marcelo Neves é aqui posto diante da crise do Estado Social e da perspectiva do seu ocaso, pois esta transversalidade é uma decorrência da imunização que o sistema jurídico adquiriu na modernidade. A teoria do Direito, especialmente pelo século XIX e até metade do século XX, procurou dotar o sistema jurídico de um nível de complexidade e de autonomia que, no fundo, acompanhou a burocratização do Estado frente à ampliação e agigantamento de suas principais demandas. Especialmente Jellinek (1973) e Kelsen (2000) contribuíram para uma concepção de Estado de Direito fundados numa autonomia sistêmica e suficientes de legitimação, e posteriormente a teoria dos sistemas e Niklas Luhmann (1998) veio explicar esta autonomia.

A transversalidade constitucional é questionada em eficiência, eficácia e efetividade diante da crise do Estado Social. Marcelo Neves afirma que “não há espaço para Constituições como ‘pontes de transição’ entre o direito e a política quando não existe um contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social abrangente”(2009:78). Pois é exatamente no Estado Social que a evolução do sistema jurídico e político consolidaram as suas diferenciações, em parte decorrente da inclusão social abrangente. Então a hipótese inicial aqui é que a Constituição é ameaçada nesta função de transversalidade. Mas também se discute a alternativa de ênfase à eficiência da justiça e da administração, com fins a superar a crise.

Segundo Boaventura de Souza Santos (2002), o projeto da modernidade era de regulação e emancipação social, realizadas parcialmente no Estado Social e de Direito, e em crise atualmente, principalmente em sociedades intermediárias como Portugal e Brasil. A mudança de paradigma em processo – a pós-modernidade -, pode significar o retrocesso desta regulação e emancipação, assim como a crise do Estado Social pode afetar a complexidade do sistema jurídico e desconfigurar a sua evolução no sentido da autonomia. Pretendemos explorar, por fim, a hipótese da comunicação transconstitucional como uma alternativa para a preservação autonomia sistêmica jurídica.

1 A CRISE DO ESTADO SOCIAL

1.1 Elementos da crise - O Estado Social, em resumo, buscou uma ordem política estável fundada na segurança econômica e na proteção social, com grande contribuição das ideias econômicas *keynesianas* e das conquistas legais nas Constituições *garantistas*, de direitos fundamentais de segunda geração. Essa opção intermediou o debate entre o pensamento político de esquerda socialista e o pensamento político de direita liberal do século XX, com as opções de proteção da propriedade privada num Estado garantidor da segurança social. A direita o criticou por ser um gestor incapaz e uma ameaça à liberdade, a esquerda o criticou por não resistir aos interesses de classe burgueses e efetivamente não produzir a igualdade. Em que pese as críticas, esse modelo de Estado obteve vigorosos êxitos no pós-guerra e, por três décadas, parecia a melhor opção de regulação social.

Mas em meados dos anos setenta as sociais-democracias entraram num ciclo de inflação, desemprego crescente e déficit de produtividade, com a consequente elevação dos custos da proteção contra o desemprego, com a erosão do poder aquisitivo pela inflação e a elevação constante dos custos dos demais serviços sociais e de burocracia pública. O que foi prontamente associado à incapacidade do Estado de financiar a proteção social e de participar da gestão da economia. As políticas públicas para garantir o pleno emprego por via de investimentos na economia e refinanciamento do ciclo produtivo deram a entender que o Estado é um mal

⁷A transversalidade constitucional decorre de um nível de diferenciação do sistema jurídico, próprio da modernidade, denominado sistema social complexo e “autopoietico”. Marcelo Neves afirma que esta diferenciação ocorre quando o sistema não se deixa contagiar pelos demais. Entretanto, há a necessidade natural de comunicação entre eles, sob o risco de contágio, o que é imunizado pelo fenômeno da autopoiesis. Entre o sistema jurídico e o político esta comunicação ocorre pela Constituição, como uma racionalidade que perpassa os dois sistemas, ou seja, é transversal.

gestor de atividades tipicamente privadas, principalmente porque não atua sobre a lógica da competitividade. Por outro lado, o ciclo crescente de benefícios públicos, fundado em valores éticos emancipadores do indivíduo em sociedade, com mais serviços públicos e mais garantias, não foi acompanhado pelo respectivo crescimento de receita⁸. O Estado Social se deparou com diversas críticas, de socialistas a neoliberais, segundo as quais ele é conceitualmente inviável.

Segundo Rosanvallon (1997), o Estado Social acreditou demasiadamente na crença *keynesiana* de que a resposta ao investimento público na economia seria suficiente para suportar o crescimento das demandas sociais. Não considerou devidamente o crescimento da burocracia, as vicissitudes da riqueza privada e o crescimento demasiado das demandas sociais com o crescimento e envelhecimento da população. Por fim, o sistema político funcionou sob a lógica eleitoral e momentânea, sem um planejamento estável e de longo prazo.

As crises do petróleo da década de 70 impulsionaram a derrocada do Estado Social. Primeiro porque comprometeram os orçamentos públicos com a elevação dos custos da principal fonte energética, acelerando o endividamento dos Estados e os subjugando às avaliações de decisões do sistema financeiro internacional. Segundo porque forçou uma corrida por tecnologias alternativas e por sistemas operacionais de produção pós-fordistas que reduzissem custos e garantissem competitividade. Estes novos modelos, entre eles as *flexibilizações* legais das relações de trabalho, a abertura dos mercados e o *toyotismo*⁹, vieram acompanhados de exigências de gestões públicas também mais dinâmicas, flexíveis e principalmente eficientes e de baixo custo (FARIA, 2010).

Fatores externos ao debate ideológico também contribuíram para a crise. Como o crescimento e o envelhecimento populacional, elevando as despesas com seguridade social, saúde, educação, etc. (FARIA, 2010).

Sob a perspectiva da globalização dos mercados, uma nova ordem social se moldou gradativamente, com reflexos contundentes nos sistemas políticos e jurídicos. O modelo até então, de maior consistência da soberania, de legitimidade fundada em políticas públicas de garantias sociais e de crescimento econômico estatizante foi substituído pela abertura de mercados, crise do Estado Social e investidor e emergência de novos atores nas relações de poder, oriundos da sociedade globalizada (ROCHA, 2000).

Mas apesar das reformas neoliberais, o cenário atual ainda é de uma máquina pública agigantada e de custo elevado. Isto porque os governos neoliberais e também a chamada terceira via se depararam com uma máquina burocrática irrefreável, assim como constataram que as reformas esbarram num limite perigoso: se atingirem um patamar muito maior de cortes de serviços públicos podem desencadear um ambiente de convulsão social. Por outro lado, se revela um consenso de que as medidas tomadas até então foram necessárias, o que se discute é o modo de como reformar o Estado.

Este problema é ainda emergente, porque os Estados estão, de regra, no limite suportável de suas cargas tributárias e já cortaram o que aparentemente seria possível cortar. Entretanto, a adoção pública de técnicas privadas de gestão passa a ser uma importante alternativa à solvência do Estado, e isto já se verifica com a defesa e emprego de princípios que lhes são típicos, como o princípio da eficiência (DUPAS, 2003).

O sistema político e o sistema jurídico absorvem gradativamente o princípio da eficiência e não há dúvidas de que ele está a ganhar destaque em cada sistema.

⁸Para Jorge Miranda, a crise do Estado social é “derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso da burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I. Coimbra: Coimbra; 1996, p. 98).

⁹ Modelo de produção fabril fundado na redução de custos, na especialização da mão-de-obra e na terceirização das atividades-meio com especialização nas atividades fins (ANTUNES, 1997).

1.2 Os sistemas sociais no contexto de crise - A crise do Estado Social não é apenas uma crise de gerenciamento dos recursos públicos. É, simultaneamente, uma crise econômica do modelo de Estado investidor, uma crise política do modelo de Estado interventor e é uma crise jurídica do modelo de Estado regulador *garantista*. Partindo do pressuposto de que temos aí sistemas sociais independentes – econômicos, políticos e jurídicos -, mas que se comunicam, e verificando-se as condições da crise, conclui-se que são crises imbricadas e que exigem respostas imbricadas.

O que ocorre comumente é o desenvolvimento de debates paralelos sobre as causas e saídas da crise, no âmbito de cada sistema social, sem o compromisso e a compreensão de fato desta imbricação. A tendência é atribuir a causa a uma complexidade econômica, de lógica de produção capitalista segundo as suas leis de liberdade de iniciativa e de propriedade privada, o que ocorre não somente no âmbito da economia, mas também da política e do direito. O que conduz a uma resposta também efetivamente econômica, que ignora a natureza política do homem em sociedade, com as suas aspirações ideológicas, e a complexidade que se desenvolve nesta relação do homem com a sociedade sob a perspectiva do poder, assim como também ignora a natureza ética desta mesma relação, com sua própria complexidade organizacional a partir do sistema jurídico.

A crise afeta o sistema político, que perde legitimidade à medida que é responsabilizado pela incapacidade de corresponder às demandas sociais que lhes são submetidas; e afeta igualmente o sistema jurídico, à medida que reduz a sua eficácia diante da crescente demanda jurisdicional. O sistema político responde com reformas legislativas de ruptura parcial do Estado Social, conforme o ciclo de queda da arrecadação e endividamento, mas insuficientes porque, na verdade, há um circuito de operação burocrática que se retroalimenta, tão custoso quanto são as promessas sociais. As reformas, entretanto, afetam a coerência do sistema jurídico, à medida que mantêm parte das promessas do Estado Social e introduz elementos de redução da máquina pública¹⁰. São exemplos as reformas dos sistemas de previdência social, os cortes na remuneração de servidores, os limites na contratação para prestação de serviços públicos, etc. É o que ocorre com a Constituição brasileira, que proclama princípios de justiça social e passou por várias correções pontuais de redução da máquina pública e desoneração da responsabilidade do Estado na promoção desta justiça. São alterações que suscitam dúvidas de constitucionalidade e abarrotam os tribunais.

Tais reformas são acompanhadas de relativo consenso social, mas não resolvem a contradição entre as promessas modernas que o Estado assumiu e a dinâmica do sistema econômico capitalista em tempos de mercado global. Noutras palavras, as principais reformas neoliberais - as privatizações, as desregulações, a abertura de mercados, os cortes de gastos públicos, as metas de controle fiscal e a substituição de técnicas de gestão – foram, principalmente, de ordem pragmática e atenderam à perspectiva de funcionamento do sistema econômico, mas afetaram ou, no mínimo, condicionaram direitos constitucionalmente protegidos.

O sistema jurídico enfrenta, então, na crise do Estado Social, a sua própria crise. A resposta também, até agora, foi uma série de reformas processuais, principalmente para conferir celeridade ao processo, talvez de caráter paliativo, porque, como visto, as causas da crise são outras. Por outro lado, há o conflito entre desburocratizar a prestação da justiça e garantir minimamente pressupostos do Estado de Direito, como independência do juiz, ampla defesa e o contraditório, duplo grau de jurisdição, isonomia processual, etc. Em Portugal o Código de Processo dos Tribunais Administrativos e no Brasil a reforma do judiciário são exemplos.

¹⁰ “Os mesmos setores que consideram a tese da Constituição dirigente retrógrada ou ‘jurássica’ naquilo que esta tem de compromissória no plano dos direitos fundamentais-sociais, aplaudem o ‘dirigismo constitucional’ no que tange às políticas de estabilização e a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da Constituição financeira relativamente à Constituição econômica)” (STREK, Lênio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. IN OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.198).

Por fim, resta a dúvida de saber se as reformas em questão afetam a democracia, pelo menos a idéia de democracia social, com distribuição de riqueza e redução da desigualdade social. No âmbito do sistema político a emergência de um discurso de reformas abrandadas sob o título de terceira via, substituindo as opções neoliberais extremas, é uma demonstração da resistência social às soluções econômicas da crise. No âmbito do sistema jurídico se desenvolveu doutrinas importantes como, de um lado, a “proibição do retrocesso”, a “garantia do mínimo para a dignidade da pessoa humana”, e de outro lado, ganha espaço a doutrina da “reserva do possível”¹¹.

Entretanto a crise perdura, desde a abertura dos mercados na década de 80, o sistema econômico passou por diversas crises, asiática, mexicana, brasileira, argentina, recente crise da bolha imobiliária e a atual crise grega. A cada crise amplia-se o endividamento dos Estados e erode mais a sua capacidade de corresponder às demandas mínimas sociais¹². Hoje, na Europa, o debate principal é a capacidade dos orçamentos do Estado reduzir os déficits públicos, não somente na Grécia, mas na Espanha, Portugal, Irlanda e até na Inglaterra.

1.3 A crise do Estado Social e a efetividade dos direitos sociais - Neste cenário de crise do Estado Social o resultado é a perda de efetividade dos direitos sociais, com a redução dos investimentos públicos na promoção destes direitos¹³. Fenômeno que afeta, no caso, o conjunto de Estados democráticos que regularam e implementaram, do pós-guerra aos anos 80, políticas públicas de direitos sociais.

Mas como a questão não foi e não pode ser meramente uma opção econômica e/ou política dos gestores de cada sistema, porque a edificação destes direitos não foi também meramente uma opção econômica e/ou política, mas sim uma transformação social conflituosa e conquistada mediante um jogo de forças sociais antagônicas, a sua erosão implica em resistência mediante um novo e atualizado jogo de forças¹⁴. São direitos que foram institucionalizados pela inclusão legal e constitucional e estruturação burocrática e funcional dos

¹¹ “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 da pessoa humana” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 183.

¹² Neste sentido afirma Canotilho: “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 e 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” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *A governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social*. IN: CANOTILHO, J. J. Gomes, STRECK, Lênio Luiz (coord.) **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 147).

¹³ “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”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 178. Ainda em BOLZAN DE MORAIS (p. 181) “A experiência brasileira vivida no pós-88 retrata este quadro e evidencia a constatação de que somente as provisões 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”.

¹⁴ Se não há mais o debate ideológico de direita e esquerda tendentes ao liberalismo e ao socialismo, que marcou o século XX, ainda se preserva as condições de desigualdade social e de disputa pela gestão do Estado e pelas opções de gestão dos recursos públicos. Numa margem menos alargada de orientação desta gestão, assim como menos ideológica.

serviços equivalentes. Da mesma forma foram incorporados à consciência coletiva, gerando expectativas e participando do processo de legitimação do poder do Estado. Não se trata de uma generosidade pública, mas de uma troca com custo social elevado, especialmente em carga tributária e paz social.

A resposta do sistema jurídico à crise é tendencialmente de resistência. A evolução e autonomia do sistema jurídico ocorreram *pari passu* à edificação do Estado Social de Direito, assim como a concepção largamente enraizada na cultura jurídica de que os direitos sociais representam uma conquista social acima das opções políticas e econômicas. No mesmo sentido, há uma consciência de que a defesa destes direitos neste momento significa a preservação desta evolução e autonomia do sistema jurídico. Não somente a sociedade civil recorre ao judiciário num esforço de preservação de direitos, como também o judiciário e o debate jurídico resistem ao ideário de desconstrução do Estado Social. Acima de uma pressuposta resposta adequada ao ambiente de crise está o embate de forças e de interesses que se trava no poder judiciário¹⁵.

O resultado é o abarrotamento dos tribunais, com morosidade na resposta judicial, frustrando expectativas dos cidadãos e reduzindo a efetividade dos direitos e a credibilidade da justiça. Da mesma forma, o recurso à justiça não é a opção generalizada, pois parte dos titulares dos direitos frustrados simplesmente desistem diante da imperiosidade do executivo e da inoperância do judiciário.

Porém, o discurso simples e aparentemente insofismável que sustenta a contestação do Estado Social é o de insolvência do Estado e a sua oposição tangencial entre receita e despesa. Entretanto, parte deste discurso é realmente simplista e escamoteia a opção (ou cooptação) econômica e política de destinação dos recursos públicos a compromissos com o sistema financeiro, especificamente para o gerenciamento irracional e especulativo das dívidas públicas e dos desequilíbrios da moeda nacional, assim como a destinação de recursos para cobrir os rombos financeiros das recorrentes crises econômicas – problemas facilmente relacionados com a abertura das fronteiras comerciais e da desregulação da economia.

O recurso à *judicialização* da política é, em certa medida, uma resposta a esse debate. Mas o caminho adequado é uma reformulação e *refundação* do pacto que conferiu a determinadas sociedades modernas a emancipação do indivíduo pelo reconhecimento de direitos condizentes com o estágio de evolução social atual. Isso porque os pactuantes de outrora já não estão presentes ou as condições já não são as mesmas. Já não há um Estado soberano gestor de tensões entre classes homogêneas no seio de uma sociedade civil madura e sensível diante do seu caráter universalista e civilizatório. Já não há esse Estado, essas classes e essa sociedade civil. Esses direitos precisam ser reconquistados, ou melhor, definidos entre os novos atores transnacionais, supranacionais, internacionais e nacionais¹⁶. É possível que, em parte, o transconstitucionalismo cumpra este

¹⁵“A disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e de 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 em projetos de reforma do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das promessas perdidas” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 183).

¹⁶“Diante de um quadro de desfazimento da fórmula do Estado Social, (...), o próprio constitucionalismo que lhe dá formatação vê-se constringido e deslegitimado diante das disputas que se estabelecem entre a busca de efetividade da Constituição e as pautas estabelecidas pela perseguição da eficácia econômica, muitas vezes veiculada a partir dos pressupostos de uma economia globalizada”. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 192). Também em BOLZAN, p. 194: “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... uma vez que não há possibilidade alguma de se abrir mão daquelas que foram conquistas civilizatórias”.

papel.

2 A CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL

2.1 A idéia de uma Constituição transversal - Trata-se de um conceito que pressupõe uma comunicação entre sistemas sociais autônomos em determinadas condições históricas correspondentes à modernidade. A Constituição ocupa uma função importante nesta comunicação, mas sob condições de racionalização sistêmica que pressupõe a democracia moderna e o Estado de Direito, com um modelo particular de Constituição. Portanto, não há transversalidade constitucional sob qualquer Constituição.

Primeiro é preciso distinguir a Constituição em sentido amplo, como o conjunto de princípios básicos de cada sociedade e a Constituição em sentido moderno, restrito, que qualifica as sociedades modernas. Todo Estado possui um conjunto de normas referentes à sua organização política, que contempla principalmente os fundamentos de legitimação, o arcabouço de composição do governo e estruturação do poder e princípios éticos de organização social. Mas a Constituição se destaca na modernidade liberal com uma diferença fundamental: torna-se um instrumento do projeto moderno de emancipação do indivíduo.

Temos aí duas complexidades que dizem muita coisa, “projeto moderno” e “emancipação do indivíduo”. O projeto moderno pode ser entendido como a antítese à medievalidade (ANDERSON, 1998), pois propõe a ruptura com a sociedade estamental pela promoção de liberdades fundamentais e eclosão de uma nova classe social dinâmica, que é a burguesia; propõe a recomposição do poder do Estado fundado na idéia de soberania territorial, contra uma profusão de contrastes de poderes medievais; propõe a ruptura com a legitimação hierarquizada do poder fundado em Deus e na propriedade da terra por uma legitimação fundada no próprio homem e nas riquezas que ele consegue produzir por livre iniciativa. Assim o projeto moderno é revolucionário e de emancipação, resumido sob o complexo conceito de liberdade, que vai se transmutar ao longo de toda a modernidade (DOBB, 1983). Neste contexto, a Constituição deixa de ser apenas conjunto de princípios de organização do Estado e passa a se o instrumento de emancipação do homem, e, como trata Boaventura de Souza Santos (2002), a busca moderna por regulação e emancipação.

O Estado constitucional revolucionário da modernidade é, por essência, liberal, moldado para defender o individualismo contratualista, combater o absolutismo e defender a razão iluminista (SANTOS, 2002). A Constituição que surge reflete estes fundamentos. Ela é a resposta jurídica racionalizada e coerente com os fundamentos da revolução. Com ela o governo dos homens é substituído pelo governo das leis, seja pela república ou pela monarquia constitucional. É a referência simbólica do Estado de Direito na *complexificação* e emancipação do sistema jurídico (NEVES, 2008).

Também o constitucionalismo liberal eleva a liberdade ao patamar da legitimação social. À época da revolução eram liberdades individuais, depois vieram as liberdades coletivas, e ocorreram muitos revezes e contingências conjunturais e estruturais nas relações de poder, mas a liberdade seguiu apriorística, ainda que o debate permaneça em torno dos seus limites. Para Dworkin, a liberdade possível não é um estado de independência, mas de licença, pela existência de inúmeras liberdades definidas conforme a aderência social (2002, p. 411), o que só foi possível num nível de democracia e institucionalização proporcionado a partir do constitucionalismo liberal (NEVES, 2008). As liberdades do homem moderno são garantias políticas de seu pacto social constitucionalmente estabelecido, como pressuposto para a democracia, e são garantias jurídicas, também definidas na Constituição, para a preservação do Estado de Direito, como uma proteção do indivíduo contra a ingerência abusiva do Estado.

Nas sociedades pré-modernas o direito não constituía ainda um sistema complexo, porque era dependente e reflexivo dos demais sistemas sociais. A produção do direito era inflexível, fundada em imutabilidades como o direito sacro, as estruturas sociais altamente hierarquizadas e as dogmáticas de

sustentação do *status quo*. Isto incluía, já na modernidade, o absolutismo, onde os pactos de poder não eram universais, tanto por excluírem parte da sociedade, quanto por se limitarem a questões pontuais de interesse elitista. Isto implica que o Direito servia a uma manifestação jurídica das relações de poder político, o que impedia a diferenciação entre direito e política.

A questão da diferenciação entre direito e política é associada ao constitucionalismo moderno e inserida num Estado de Direito complexo. Foi necessária a edificação de um sistema jurídico complexo o suficiente para suportar e resistir à interferência do sistema político, legitimando-se pela promoção da justiça. Assim, mesmo na modernidade, sociedades marcadas pela unilateralidade dos governos, classificadas como autoritárias, mesmo que funcionando com uma complexa estrutura burocrática e jurídica, não desenvolveram um constitucionalismo transversal. Só se pode falar em Constituição transversal em sociedades que permitam princípios que perpassem horizontalmente seus sistemas jurídicos e políticos, o que só é possível no nível de racionalização moderno de democracia e justiça social (NEVES, 2008).

Mas mesmo sob o título de “Constituição moderna” é preciso distinguir o que é realmente moderno em decorrência deste movimento revolucionário e o que é moderno em decorrência da contemporaneidade e da utilidade de se declarar moderno. A dificuldade de concretizar o projeto moderno levou a diversos “constitucionalismos”, que precisam ser identificados sob a perspectiva da transversalidade. A doutrina procura classificá-los, com destaque para a classificação de Karl Loewenstein (LOEWENSTEIN *apud* MIRANDA, 2003, p. 21), que distingue as Constituições em normativas, nominais e semânticas. As normativas são as Constituições em que há correspondência entre o poder político e a regulação política constitucional; as nominais são aquelas que regulam constitucionalmente o poder conforme princípios ideais, mas não atingem a maturidade dos sistemas a ponto de distinguir o político do jurídico; e as semânticas são aquelas que preservam o sistema jurídico e a Constituição submetidos à conveniência do sistema político, subalternos e dependentes. Nessa classificação destacam-se as Constituições normativas como as únicas capazes de produzir um diálogo entre sistemas. Os demais modelos estão subjugados ao sistema político e não se desenvolveram com complexidade *autorreferencial*.

A distinção entre Constituição material e Constituição formal também nos permite uma abordagem sobre a transversalidade da Constituição. Esta classificação é um divisor de águas para muitos autores na identificação das Constituições realmente liberais e democráticas. Entendemos que são duas perspectivas que não se excluem, mas que prestaram a uma diferenciação ideológica importante, principalmente no século XX.

Pode-se definir uma Constituição formal quando há um “complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer normas” (MIRANDA, 2003, p. 27), corresponde ao posicionamento das normas constitucionais no sistema jurídico. Nesta perspectiva é possível denominar uma norma como constitucional por ela se inserir neste complexo formal de normas, mas será, a princípio, apenas uma norma formalmente constitucional. A exceção às Constituições formais é a Constituição costumeira.

Quanto à Constituição material, ela corresponde ao sentido que um conjunto de normas possui por conter os fundamentos de um Estado ou o estatuto jurídico de sua organização política. É a identificação do regime político adotado, com os direitos correspondentes e a natureza do seu conteúdo. Contemporaneamente estas normas contemplam a forma de Estado, o sistema de governo, a forma de governo e expressão institucional da chefia de Estado (MIRANDA, 2003, p. 27), são caracterizações do Estado que em sociedades antigas se encontravam confusas.

Diante da diferença conceitual entre Constituição formal e Constituição material, muitos regimes autoritários se valeram, no plano político, de uma formalização constitucional para a legitimação do regime, sob o discurso de um pretenso Estado de Direito e de um constitucionalismo moderno, principalmente perante a comunidade internacional. É nesse sentido que a distinção serve à transversalidade, pois não basta uma

Constituição formal, que contenha uma ritualística e uma superioridade formal sobre o sistema jurídico, é preciso que a Constituição seja materialmente liberal e democrática. Os defensores da teoria liberal constitucional entendem que um Estado constitucional material só é aquele que concretiza os direitos individuais fundamentais e os limites ao poder do Estado.

Em termos de configuração do sistema jurídico, a Constituição liberal é composta de um conjunto de direitos fundamentais e de uma estrutura de poder do Estado caracterizada pela limitação ao poder do Estado, principalmente com base na separação de poderes e na teoria de freios e contrapesos. Mas também e fundamentalmente, a proposição de um direito fundado na especulação científica de seus princípios, como manifestação social racionalmente definível. É claro que os dois processos estão imbricados e a complexidade do sistema jurídico liberal só foi possível com a emancipação burguesa sedimentada nos ideais racionalistas dos iluministas, especialmente a justificação de direitos fundamentais. A revolução liberal buscou no Estado de direito e na ciência jurídica uma ruptura com o direito hermético e funcionalmente garantidor da divisão estamental excludente pré-moderna.

Portanto, a Constituição material liberal é também o instrumento jurídico para o processo de emancipação proposto pela modernidade. A evolução constitucional ocorrida ao longo da modernidade, nos Estados centrais, não afetou os seus fundamentos de garantia de direitos do homem e limites aos poderes do Estado. E é sob este modelo de Constituição que Marcelo Neves (2008) identifica a transversalidade.

2.2 A racionalidade da Constituição transversal e o acoplamento de sistemas - Os sistemas sociais¹⁷, em especial o jurídico e o político, se desenvolveram e assumiram uma condição de autonomia num nível de racionalização hipoteticamente suficiente para resistirem às interferências recíprocas¹⁸. Trata-se de uma condição da modernidade, que super-dimensiona as estruturas sociais em processos de racionalização, expostos desde o Leviatã, de Hobbes (1974), ao Estado burocrático de Weber (2003), a juridicização do Estado em Jelinnek (1973) e Kelsen (2000), até a teoria dos sistemas de Luhmann (1998). Trata-se de um processo onde o pensamento jurídico na modernidade “percorreu um longo caminho” de legitimação, até atingir um consenso social onde o Direito se legitima na promoção da justiça, ou seja, se autolegitima e se autorreferência.

Segundo Niklas Luhmann, na obra supracitada, os sistemas são complexidades racionalizadas que podem se auto referenciar¹⁹ - à medida que desenvolvem a capacidade de filtrar a sua comunicação²⁰ com

¹⁷ Os sistemas são cadeias de relações ligadas entre identidades, referências, valores próprios e objetos através de processos de comunicação. Eles são independentes entre si, e operam conforme os seus próprios fundamentos. Mas os sistemas se comunicam e essa comunicação é o “veículo” para o seu funcionamento, ela conecta símbolos, códigos ou mensagens externos, que são selecionados pelo sistema (NEVES, 2008).

¹⁸ Para explicar o relacionamento entre sistemas sociais, em especial o jurídico e o político, a teoria dos sistemas de Luhmann (1998) oferece dicas importantes, porque não pressupõe a comunicação como um condicionamento sujeito/objeto em cadeia, mas o estabelecimento de complexidades sociais com autonomia e métodos próprios de comunicação.

¹⁹ A teoria dos sistemas altera profundamente o modo de interpretar os fenômenos sociais, pois produz uma endogenia e uma blindagem em torno de sistemas, contrapondo as concepções que comumente conceberam as relações sociais imbricadamente. Há endogenia porque os sistemas são complexos a ponto de se auto-explicarem, o que é, também, um alheamento, para fenômenos muito próximos, como as decisões políticas de um governo, os reflexos destas decisões na economia e a reação do judiciário sobre elas (LUHMANN, 1998).

²⁰ Do lado externo do sistema há o ambiente, que é tudo o que o cerca, principalmente outros sistemas. Um sistema fornece mensagens para o outro, na condição de ambiente, gerando comunicação. Mas a comunicação não é apenas uma transmissão de mensagem, o sistema recebe a mensagem como uma irritação, algo estranho, onde ele exclui ou seleciona e interpreta conforme a sua complexidade e “modo de ver”. A comunicação é composta de informação, que é convertida para a linguagem própria do sistema nos processos de seleção (LUHMANN, 1998).

os demais sistemas - pelo processo de *autopoiesis*²¹. O processo de comunicação entre os sistemas²² é o que garante, ou não, a autonomia desejada por cada um deles; e é a complexidade desta comunicação que Luhmann procura explicar, pelo processo denominado de “acoplamento estrutural”²³.

É o sistema jurídico um sistema social complexo autorreferente produto da modernidade, que tem o princípio de justiça como linguagem própria para se autorreferenciar²⁴ e tem a Constituição como ponte para a comunicação sistêmica²⁵. Esta complexidade foi caracterizada na imbricação apontada entre a revolução liberal burguesa e a emancipação do sistema jurídico. Melhor dizendo, a legitimação suficiente do Direito na promoção da justiça, como uma racionalização da vida social, foi uma emancipação, mas foi também

²¹A *autopoiesis* é a capacidade do sistema de se auto-refletir, por ser um sistema consciente. Ocorre quando as irritações do ambiente são convertidas para a própria linguagem do sistema. Por outro lado, este processo serve como uma auto-organização, pela capacidade do sistema de gerir a si próprio, ao compor as suas próprias unidades funcionais e também um mecanismo do sistema relacionar consigo mesmo, numa autoreferência (NEVES, 2008).

²² O ambiente fornece ao sistema uma quantidade de mensagens superior à sua capacidade de recepção, então este seleciona conforme a pertinência. A necessidade de selecionar as informações define um sistema como sistema complexo, onde a sua divisão interna ultrapassa uma quantidade que não permite mais relacionar uns com os outros e então deve ocorrer a seleção dos relacionamentos de cada vez. As demais conexões possíveis ficam potencializadas. Essas conexões se ampliam e formam subsistemas com suas próprias complexidades. Por exemplo, no sistema social formam-se os subsistemas jurídico, político, econômico, cultural, etc. Como cada sistema é um complexo de mensagens que não possuem sentido interno aos demais sistemas e são continuamente enviadas ao ambiente, estas mensagens são convertidas em informações que farão sentido conforme a pertinência e a lógica interna ao sistema. Assim, por exemplo, a propriedade de um bem tem um sentido axiológico no sistema econômico distinto do que tem no sistema jurídico, ou o que é povo para a política não é povo para o direito. Por isto, a mensagem de um sistema a outro é uma forma de atrito ou irritação, pois ainda que não seja absorvida como concebida, provoca uma reação interna e uma leitura própria correspondente. A irritação é o estado de ser provocado pelo que lhe é estranho, mas simultaneamente pertinente. A mensagem do transmissor é apenas uma “sugestão” para produzir a irritabilidade do sistema. Este aceita ou não, e a processa. A linguagem cumpre um papel preponderante no funcionamento do sistema, ela é o conjunto de códigos que distingue a mensagem da informação compreendida, é ela que assegura a reflexão no processo de comunicação. A seleção para a comunicação ocorre por códigos próprios, como o código do sistema político que é governo/oposição, do sistema econômico que é ter/não ter e do sistema jurídico que é legal/ilegal.

Neste circuito, o ambiente é importante porque é dele que vêm as mensagens. Mas esta importância decorre principalmente pela diferenciação entre o sistema e o ambiente, num mecanismo onde a auto-referenciação depende da irritação externa para se diferenciar. Em outras palavras, sistema e ambiente são, por essência, diferentes, e a diferenciação é que define a identidade do sistema. Ambos formam uma unidade de cooperação possível e a diferença em cada sistema é, conseqüentemente, o código que atribui sentido às mensagens do ambiente. A capacidade cognitiva do sistema permite atribuir um sentido próprio, como informação sistêmica (LUHMANN, 1998).

²³Sistema se liga ao ambiente – e conseqüentemente aos demais sistemas - pelo “acoplamento estrutural”, definido como uma “digitalização de informações analógicas”. Em outras palavras, uma conversão de informações entre as diferentes linguagens do ambiente e do sistema. Esta conversão de informações ocorre para dar “sentido” dentro do sistema, para transformar o caos em estrutura. Assim, os sistemas sociais são sistemas de sentido, as informações dentro dele são informações ajustadas à sua coerência interna. O acoplamento de sistemas é uma convergência entre sistemas complexos para se comunicarem.

²⁴ O que caracteriza a autonomia do sistema jurídico, bem como o que a garante, é a sua própria racionalidade. Uma racionalidade como conjunto de referências que utiliza para as suas posturas e decisões. Estas referências têm por denominador comum o princípio de justiça. Os sistemas complexos dependem de linguagens racionalizadas, como a justiça para o sistema jurídico é também a democracia e a propriedade para os sistemas político e econômico. A ponte sistêmica entre direito e política de um lado traduz as informações do sistema político ao jurídico sob a perspectiva da realização da justiça e do outro lado traduz as informações do sistema jurídico ao político sob a perspectiva de realização da democracia. Em fim, a racionalidade transversal é uma metalinguagem. O ideal de justiça como fim jurídico e a democracia como fim político legitimam e fecham cada um dos sistemas (NEVES, 2008).

²⁵ Essa racionalidade transversal funciona e se legitima com base no dissenso. O dissenso é que permite que cada um mantenha a sua autoreferência. Ou seja, é uma forma de comunicação com uma linguagem que atende simultaneamente as diferenças dos dois sistemas em comunicação. A Constituição é a demonstração mais clara deste processo, ao mesmo tempo em que ela é um documento jurídico sistematizado que unifica e confere sentido a este sistema, ela é o documento político que garante a democracia e a realização da diferença governo/oposição (NEVES, 2008).

necessária ao conteúdo político da revolução, pois a “razão” em tese era a razão iluminista. Assim, o sistema político permitiu ao jurídico se expandir e se autorreferenciar, ao mesmo tempo em que o sistema jurídico complexo garantiu ao sistema político uma ruptura com a sociedade estamental pré-moderna. É o início do acoplamento de sistemas que atingimos modernamente²⁶.

A condição antitética da sociedade moderna em relação à medievalidade e seus estamentos fez “emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação” (NEVES, 2009, p.23), então os vários sistemas sociais se tornaram complexos. Mas não só porque a sociedade cresceu, e sim porque é um movimento natural dialético e caracterizador desta sociedade específica.

A Constituição, neste processo, é a condição máxima da racionalização sistêmica do Direito moderno. É também uma ponte entre o sistema jurídico e o político, porque neste último ela é a racionalização da democracia. A Constituição participa do acoplamento como código que traduz a comunicação de um para o outro sistema. A Constituição exerce o papel de racionalidade transversal - por ser tanto um documento jurídico quanto político -, para garantir que não ocorra a sobreposição de um sistema ao outro, na sua coexistência e diante dos atritos e do diálogo.

A racionalidade transversal da Constituição é mais do que o acoplamento estrutural, porque permite o intercâmbio recíproco com preservação das racionalidades diversas. O acoplamento é a mera comunicação entre os sistemas, sem necessariamente uma racionalização transversal e sem o desenvolvimento positivo de ambos os sistemas. A Constituição funciona como um filtro. Ela perpassa os dois sistemas acoplados, envolvem agendas comuns, ainda que traduzidas em linguagens distintas, próprias de cada sistema. Os sistemas complexos e autônomos se comunicam, mas não condicionam um ao outro. Em outras palavras, “a imposição de um campo de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação” (NEVES, 2009:38). Assim, funciona também como uma ponte entre os sistemas, e serve para promover o equilíbrio entre eles. Este equilíbrio é fundamental para a autonomia e capacidade de autorreferência dos sistemas. É o nível de racionalidade exigível para uma sociedade pluricêntrica e que cumpre os objetivos da modernidade de emancipação, ainda que ocorram hoje na pós-modernidade²⁷.

A Constituição transversal ocorre excepcionalmente no mundo, apenas nos países que conseguiram promover a diferenciação sistêmica. Nas palavras de Marcelo Neves,

o processo democrático de tomada da decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da relação dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, inclusive na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente (NEVES, 2009, p.57).

A Constituição é vista como instância de solução do sistema jurídico e do sistema político. No sistema político ela é a vontade máxima do povo e do poder. E no sistema jurídico ela sobrepõe, com a constitucionalidade/inconstitucionalidade, o código lícito/ilícito.

²⁶Mas porque a racionalidade transversal é própria da Constituição moderna liberal? Porque a revolução liberal permitiu ao sistema jurídico a autonomia sistêmica necessária à autoreferência. O fez porque a contrapartida do sistema jurídico foi contribuir na legitimação da revolução, pelo seu caráter racional, regulador e emancipador do indivíduo. Funcionou como um compromisso recíproco, esta complexidade e autoreferência convêm a ambos os sistemas. A razão da Constituição moderna liberal – que é a emancipação do indivíduo pela garantia de direitos fundamentais e pela limitação ao poder do Estado, seja pela separação de poderes, seja pela consolidação de princípios republicanos e do Estado de Direito, como o princípio da legalidade, o princípio do juízo natural, o princípio da anterioridade da lei, o princípio do devido processo legal, etc. – compõe a sua complexidade.

²⁷Segundo Boaventura de Sousa Santos, a promessa moderna de emancipação não se concretizou plenamente e permanece como uma dívida e um anseio para a pós-modernidade. Entretanto é muito mais como uma exigência para a passagem à pós-modernidade (SANTOS, 2002).

Por isso a justiça e a democracia, respectivamente, devem alimentar os sistemas de forma equilibrada pela Constituição. A ineficácia do judiciário ou a desigualdade social, por exemplo, são condições sociais que desequilibram a relação sistêmica, prejudica a transversalidade racional e o fechamento operativo dos sistemas. A justiça e a democracia são também os pressupostos legitimadores dos sistemas, eles orientam a linguagem e os códigos. A realização da racionalidade transversal pela Constituição depende da realização destas racionalidades específicas. No sistema jurídico a justiça só se autorreferência e se legitima à medida que possui consistência jurídica, ou seja, obtém um elevado nível de eficácia e de formalização do direito; assim como, perante o ambiente e/ou os demais sistemas, ela somente se *heterorreferência* e se legitima à medida que produz adequação social, ou seja, oferece respostas adequadas às demandas jurídicas sob a perspectiva de produzir justiça. A *heterorreferência* é “dizer” o direito para o ambiente conforme as expectativas hegemônicas de justiça (NEVES, 2009).

A autorreferência e a heterorreferência se somam e ao mesmo tempo podem se conflitar no funcionamento do sistema. Por isso é necessário um equilíbrio, que, segundo Marcelo Neves, é garantido pelo princípio da igualdade. Assim, muita consistência jurídica, em outras palavras, “muito direito”, reduz a adequação social, bem como muita adequação social, em outras palavras, “atender à demanda política”, pode retirar a consistência do Direito.

No sistema político a democracia funciona como a racionalidade que lhe é particular. Ela se autorreferência perante o sistema à medida que possui consistência política perante o povo constitucional. O povo constitucional é a fonte originária do poder democrático, e a democracia não se autorreferência se não identificar adequadamente o povo. Por exemplo, pela frustração na participação das eleições com fraudes, perseguições, constrangimentos, etc. De outro lado, a democracia se heterorreferência, perante o ambiente, com uma adequação social gerada pelo pluralismo. O pluralismo político significa o convívio das forças antagônicas que compõe o sistema político. Ele está na gênese da própria democracia, e a manutenção do seu antagonismo é um pressuposto da legitimação democrática, ao mesmo tempo em que se exige um equilíbrio com a contenção dos excessos das forças antagônicas. Também aqui o equilíbrio é garantido pelo princípio da igualdade. A igualdade que deve ocorrer entre, de um lado, consistência democrática pela solidez dos institutos democráticos e, de outro lado, a manutenção do antagonismo próprio do pluralismo.

As autorreferências e as heterorreferências das racionalidades particulares dos sistemas político e jurídico dependem da Constituição transversal. Porque é ela que estabelece a relevância do princípio da igualdade para a democracia. O sistema jurídico tem a sua própria dimensão do princípio da igualdade, e as diferenças econômicas e políticas não devem transitar imediatamente para o campo do direito (NEVES, 2009: 67), para não afetar a consistência jurídica, assim como a igualdade jurídica não pode transitar para os outros sistemas, na compreensão de suas igualdades legítimas, pois foram fundadas em condições diversas e esta ruptura afeta a diferenciação e o equilíbrio sistêmico. O princípio da igualdade se relaciona construtivamente com a democracia através da Constituição transversal. Assim como a igualdade jurídica pode ser minada pela desigualdade do sistema político quando esta desigualdade é abismal.

No Estado Moderno liberal, quando caracterizado como Democrático e de Direito, a Constituição transversal converte a igualdade exigida juridicamente num pressuposto para a democracia. A igualdade juridicamente garantida é politicamente válida porque o sistema jurídico está imune e diferenciado e é capaz de comunicar este direito pela Constituição. Então, até que ponto a crise do Estado Social, que desencadeia um acirramento da desigualdade real, é uma ameaça à democracia na sua autorreferência e, por outro lado, é uma ameaça à igualdade jurídica na sua heterorreferência? Estas questões são respondidas a partir da capacidade ou incapacidade de comunicação autônoma dos sistemas, posta em xeque no ambiente de pós-modernidade.

Mas o acoplamento sistêmico ocorre diversamente na sociedade moderna, pois se trata de uma sociedade multicêntrica, com vários sistemas complexos em desenvolvimento e em comunicação. Nas palavras de Marcelo Neves,

[...] na medida em que toda diferença se torna 'centro do mundo', a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes (NEVES, 2009, p.23).

Na modernidade há um ambiente de múltiplos sistemas autorreferenciais, onde não há um sistema que hegemonize e que sirva de referência para a compreensão dos demais, como ocorria nas sociedades pré-modernas. O sistema econômico, o de meios de comunicação, o político e o jurídico se destacam na diferenciação moderna. Sendo que os dois primeiros são mundiais e os dois últimos estão presos à territorialidade de seus processos de legitimação.

Na pós-modernidade, com o esvaziamento do sentido moderno de soberania – tanto em sua dimensão política quanto jurídica –, há um desequilíbrio sistêmico que desafia a autonomia do jurídico e do político. Perde-se a capacidade de autoreferenciação destes sistemas e compromete-se a sua comunicação.

Os elementos da crise do Estado Social revelam esta fragilização, onde os modelos tradicionais de Estado e de Constituição não dão conta desse problema. Somente a compreensão de papel atualizado da Constituição na nova ordem, que traduza outras racionalizações de comunicação sistêmica, pode resguardar a autonomia sistêmica que o Direito reivindica. É neste sentido que pretendemos destacar o diálogo transconstitucional e interconstitucional.

2.3 O transconstitucionalismo e o interconstitucionalismo diante da transversalidade constitucional - O

transconstitucionalismo e o interconstitucionalismo são manifestações dos sistemas jurídicos na forma de diálogo entre eles. O transconstitucionalismo é o conjunto de influências recíprocas sobre a interpretação e evolução do Direito Constitucional processadas entre ordens jurídicas distintas, especialmente na confluência de tribunais em soluções de conflitos que as afetam simultaneamente. Da mesma forma, o interconstitucionalismo, como procedimento de análise e comparação dos diversos constitucionalismos, ganha relevância na sociedade global (NEVES, 2009). É o aprendizado recorrente do aplicador do Direito a partir de Direitos Constitucionais alienígenas. Ambos não se tratam de novidades pós-modernas²⁸, mas diante de um ambiente de sociedade global, com ruptura de fronteiras em geral, por intensificação da comunicação e do conhecimento e concentração do poder e da riqueza, eles são elevados a um status diferenciado, de mecanismo eficiente de realização constitucional sob as condições desta nova ordem²⁹.

É trans porque supera o modelo convencional de abordagem do Direito Constitucional como reflexo da identidade soberana de um povo. Trata-se do reconhecimento da utilidade das experiências alienígenas em nível de racionalização sistêmica. É claro que isto só é possível numa sociedade bastante homogeneizada pelos

²⁸ Mesmo porque, a pós-modernidade é uma reinvenção fenomenológica sob condição de negação do moderno, mas muitas vezes absorvendo e reproduzindo fenômenos modernos sob condições pós-modernas, como a radicalização do individualismo. (FREITAG, 2002).

²⁹ “O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as ‘pontes de transição’ entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais” (NEVES, 2009:116).

processos de globalização cultural. É o padrão de linguagem que pode significar a resposta do sistema jurídico a uma sociedade de sistemas globais que só se autorreferenciam se possuírem esta condição³⁰.

A Constituição transversal, instrumento para a autonomia sistêmica moderna liberal do Direito e para a comunicação sistêmica autorreferenciada entre direito e política, se depara, na sociedade global, com novas hipóteses de estrutura “constitucional” de organizações sociais diversas do modelo moderno estatal, e que se apresentam para problemas comuns entre si, como proteção de direitos fundamentais, regulação comercial ou regulação desportiva (NEVES, 2009). Entretanto, o mais relevante desta interação que produz “direito” é que ela pode significar a alternativa à autonomia sistêmica jurídica diante da sociedade globalizada. A influência dos sistemas econômicos e de comunicação global sobre o Direito só pode ser equilibrada e contida nos limites de uma autonomia sistêmica se os sistemas jurídicos desenvolverem uma comunicação que também contenha um sentido de globalidade.

3 A constituição transversal num contexto de Estado Social em crise - Os sistemas sociais estão em constante risco de prevalência entre si, especialmente pelo sistema econômico, pois o seu código binário “ter”/“não ter” pode produzir desigualdades e exclusão econômica que desestabilizam as relações de poder e são suficientes para romper o equilíbrio entre os sistemas (NEVES, 2009:29). Um sintoma importante deste desequilíbrio é a averiguação da “desdiferenciação” sistêmica do direito e da política, pois estes sistemas se diferenciam e se autorreferenciam na modernidade fundados, respectivamente, na realização dos ideais de justiça e de democracia. Estes sistemas têm, no princípio da igualdade, um “termômetro” de suas respectivas complexidades e autonomias, e as atuais crises econômicas, em consonância com a crise do Estado Social, comprometem a transversalidade da Constituição à medida que estes sistemas perdem as suas autorreferências, com crises institucionais de democracia e de justiça.

Para avaliar como tais crises estão a comprometer a comunicação sistêmica é preciso identificar suas disfunções. O principal problema que o constitucionalismo atravessa hoje é de efetivação dos direitos fundamentais³¹, em especial dos direitos sociais, mas também de liberdades individuais. Da periferia para o

³⁰ “O conceito de Constituições transversais refere-se ao entrelaçamento entre o direito e a política ou, no caso das ‘Constituições civis’ da sociedade mundial, um outro sistema social. A questão reside na relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo. Isso implica externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferentes. A questão é outra quando se trata de transconstitucionalismo. Neste caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios” (NEVES, 2009, p.115). A multiplicidade de formas de organização social do mundo global e as respectivas ordens jurídicas diferenciadas exigem padrões de comunicação e de solução de conflitos atualizadas e correspondentes a este ambiente de diversidade organizacional. A racionalidade transversal da Constituição moderna liberal deve, na sociedade global, compreender este universo de diversidade constitucional e comunicar-se conforme necessário para a coexistência das ordens diante dos conflitos. Os diversos tipos de transconstitucionalismo explorados por Marcelo Neves são uma demonstração de como esta comunicação pode ocorrer: entre o direito nacional e o supranacional; entre o direito nacional e o direito internacional; entre direitos nacionais; entre o direito supranacional e o direito internacional; entre o direito nacional e ordens locais extraestatais; entre o direito nacional e o direito transnacional.

³¹ “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, o que pode produzir um abandono do Estado Constitucional à sua própria sorte ou, de outro lado, uma tentativa de (re)apropriação de seus conteúdos privadamente, em particular pelos atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a exclusão social” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 186.

centro, os países que reivindicam o status de democracia e de Estado de Direito sofrem com restrições orçamentárias para gestão de suas políticas públicas inclusivas, ao mesmo tempo em que se cresce a demanda por serviços públicos, decorrente do envelhecimento da população ou da intensificação do fluxo imigratório, assim como também se ampliam conflitos étnicos e religiosos, de alguma forma relacionados com estas mesmas tensões sociais. Tais conflitos, facilitados pela ruptura das fronteiras e pela pressão periférica, expõem desigualdades, diferenças de costumes, valores e padrões.

A autorreferenciação dos sistemas jurídico e político na modernidade, sob a lógica do Estado soberano e de fronteiras rígidas, não subsiste à lógica de economia e de comunicação global. Mas a ruptura e estabelecimento de uma lógica jurídica e de uma política global pode ser uma ameaça a própria perspectiva de autorreferenciação. Isto porque o ideal de justiça e de democracia liberal pluralista foram estabelecidas organicamente imbricadas com a edificação do Estado de Direito, com os seus limites soberanos. O ideal de justiça que as sociedades centrais perseguiram na modernidade proporcionou uma complexificação do sistema jurídico, mas este sistema parece não possuir agilidade para incorporar as novidades do mundo global. A legitimação do sistema com fundamento na igualdade material e na justiça social entra em colapso com o atual afluxo imigratório, com o desequilíbrio das balanças comerciais e com o endividamento público, assim como a maturidade liberal alcançada é contestada pela confusão real de valores e costumes que veio com a emergência da profusão imigratória e com o agigantamento dos centros urbanos.

Noutra perspectiva, voltemos à diferença entre Constituição normativa, nominal e semântica para detectar o mesmo problema. Quando se verifica hoje o desequilíbrio entre prestação efetiva de garantias esperadas de direitos e liberdades e a realidade excludente das ruas nas periferias das metrópoles de países centrais, como Paris e Roma, apinhadas de indivíduos empobrecidos e sem proteção social³², vemos o caminho possível de Estados de Constituições normativas para Estados de Constituições nominais. Da mesma conclusão, compromete-se a hipótese de transversalidade da Constituição.

No campo da democracia e da autorreferência do sistema político, o que há de mais grave é o abandono das causas coletivas e dos movimentos sociais pelo cidadão. As agremiações tornaram-se ambientes coletivos de questões individuais (DUPAS, 2003:57), com associações e sindicatos burocratizados e esvaziados de seu sentido político e democrático. Isto também porque as pessoas ampliaram o seu individualismo e o transmutaram de um individualismo moderno de alter ego universalista, que concebe o indivíduo como célula de cidadania, para um individualismo pós-moderno, de livre formação de afinidades e de identidades, de caráter mais ocasional e descompromissado com os sistemas (FREITAG, 2002). Este indivíduo pós-moderno não é alheio à política, mas concebe a política sem a razão ética moderna de universalidade e de *res publica*.

Para Marcelo Neves (2009), a corrupção estrutural é um sintoma imediato da crise de referenciação sistêmica. A corrupção, em si, ocorre inevitavelmente, ainda que ilegítima na modernidade, dentro do funcionamento regular dos sistemas, e significa que não há capacidade do sistema resistir, com seus códigos, aos códigos do corruptor. O ter/não ter do sistema econômico se impõe sobre o lícito/ilícito do sistema jurídico, ou o governo/oposição do sistema político, e vice-versa. Entretanto, quando a corrupção se generaliza, expandindo demasiadamente entre as relações intersistêmicas, deixa de ser um problema conjuntural e pode minar a capacidade autorreferenciação e fechamento autopoietico. Quanto mais se generalizam os escândalos de corrupção, mais se verifica a crise e a perda da autorreferência. Ainda que não seja possível aqui uma análise dos níveis atuais de corrupção nas democracias, é evidente, pela exposição midiática atual e pela atividade judicial atual de combate à corrupção, que há uma situação de descontrole e de crise.

³² Segundo o site oficial da União Européia, em notícia de 2010, 17% da população da União Européia é considerada pobre, o que significa aproximadamente 100 milhões de pessoas. ([HTTP:www.ec.europa.eu/social](http://www.ec.europa.eu/social), pesquisa em .01.08.2010).

Outro sintoma é a disfunção de um sistema propenso ao autismo ou à expansão de racionalidade sem o reconhecimento dos demais sistemas. Não são situações de corrupção, mas de sistemas que se especializam demasiadamente e que ignoram ou se impõe sobre os demais sistemas. É a tendência que se verifica hoje do sistema econômico e do sistema de comunicação de massas, como uma espécie de hegemonização que impede a evolução e maturidade das linguagens dos demais sistemas, reflexos também dos seus modos de operação e comunicação globais. As reformas neoliberais das duas últimas décadas são sintomáticas da hegemonia do sistema econômico. A defesa da igualdade como perspectiva para a realização da justiça e da democracia simplesmente perdeu sentido e relevância, diante das novas prioridades como eficiência³³, competitividade e privatização – axiomas neoliberais que são postos como irrefutáveis diante da crise do Estado Social.

A racionalidade transversal da Constituição é o mecanismo para evitar o autismo ou a expansão dos sistemas, como possibilidade de informação positiva recíproca. No acoplamento entre o direito e a política a Constituição deve impedir a judicialização da política e a politização do direito.

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria (NEVES, 2009:58).

Essa resposta também é válida para o acoplamento sistêmico com a economia. O problema é identificar as racionalidades que permitem o diálogo autorreferencial. A economia neoliberal global movimenta-se numa espiral de competitividade, onde, para a permanência no sistema, exige-se a renovação contínua de técnicas de produção, produtos, redução de custos, etc. O ter/não ter é substituído pelo eficiente/ineficiente. Enquanto o Direito e a política ainda interpretarem a economia à luz do ter/não ter, a comunicação não se atualizará.

Entretanto, como a primeira geração de governos neoliberais foi substituída por esquerdas “remodeladas” e renovadas em sintonia com as necessidades da crise, a comunicação sistêmica também se alterou. O Estado pós-neoliberal, com a “terceira via”, está certo de que o ideal para a inclusão social é garantir o pleno emprego associado ao equilíbrio fiscal. Diante do ciclo de crises econômicas, do crescimento da desigualdade, do endividamento dos países e das dificuldades para reduzir o déficit fiscal, é o caminho que lhe restou. Esses governos se depararam com a seguinte situação: após o Estado Social desenvolver-se num elevado nível de consenso fundado em expectativas emancipadoras jamais oferecidas à sociedade, onde a democracia incorporou as promessas a ponto de, relativamente, se confundir com justiça social³⁴, a frustração destas expectativas atingiu os níveis de legitimidade sistêmica, tanto do direito quanto da política. Vê-se agora a erosão do sistema jurídico, com o questionamento da promoção da justiça, quando a sua referência passa a ser o acesso à justiça e a eficácia da prestação jurisdicional, e não o devido processo legal, a ampla defesa e a garantia do contraditório. No sistema político vê-se uma relativa tolerância ao autoritarismo, enquanto torna-se preponderante combater a ineficiência administrativa.

O caminho de reação, tanto do sistema político como do jurídico, está em fazer as suas leituras da pós-modernidade. O sistema político se submeteu a reformas que não atendem somente à perspectiva de cortes de despesas e redução da máquina pública, há um novo sentido do que deve ser a administração pública e este

³³ “Na pós-modernidade, o conceito de norma como valor é substituído pelo procedimento eficaz, pela capacidade dos especialistas e pela operacionalidade da técnica” DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 16.

³⁴ Mesmo em países de tradição menos estatista e mais liberal, como os anglo-saxões, estas promessas estavam presentes sob a perspectiva do pleno emprego e do consumo intenso. Em meados do século XX os tradicionais pilares da democracia, de direitos de cidadania e participação política, foram equiparados e em algumas circunstâncias até relegados a segundo plano, elevando a inclusão social à referência legitimadora dos sistemas político e jurídico. A democracia passou a se confundir com inclusão social e a justiça se confundir com justiça social.

sentido é a primazia do princípio da eficiência, em equivalência à realização da própria democracia. O sistema jurídico também é afetado por reformas neste mesmo sentido, como veremos adiante. Há, portanto, o contrassenso do princípio da eficiência tornar-se a ameaça e solução da crise.

3.1 Crise de eficácia, efetividade e eficiência da norma constitucional transversal num Estado Social em crise - Eficácia, efetividade e eficiência são conceitos conexos, mas não se confundem. Para a ciência da administração, a eficácia é o alcance de determinado fim. É eficaz o remédio que cura, o juiz que sentencia, etc. Já a eficiência é uma faceta da eficácia, enquanto perspectiva de produção de melhores resultados, quantitativos ou qualitativos. Neste sentido a eficiência é um meio e não um fim. Ser eficiente é obter a melhor relação custo/benefício. A eficácia pode ser alcançada com ou sem eficiência. A diferença provável entre dois resultados eficazes é que ambos atingiram o fim, mas um deles foi melhor, mais eficiente. Também eficiência não se confunde com efetividade, ainda que possam coincidir num mesmo resultado. A efetividade é a perspectiva legitimadora de quem busca os resultados, de considerar que eles foram alcançados de fato. É quando se verifica se os objetivos alcançados são realmente suficientes. Também um determinado resultado pode ser efetivo sem ser eficiente.

Para o Direito, eficácia e efetividade por vezes se confundem³⁵. Não faz sentido o aplicador do Direito distinguir a eficácia, pelo alcance formal do fim pretendido - por exemplo, sentenciar - da efetividade, como uma finalidade distinta e mais ampla denominada sociologicamente como finalidade real - por exemplo, sentenciar alcançando a satisfação plena legítima da pretensão jurisdicionalizada. O juiz pressupõe que o eficaz é efetivo, caso contrário ele assumiria que não promoveu a justiça.

O sistema jurídico de um Estado Democrático e de Direito moderno está preocupado principalmente com a eficácia e efetividade da justiça. A decisão do judiciário deve ser segura, estável e coerente para ser simultaneamente eficaz e efetiva. Para tanto se cerca de garantias processuais e instrumentais, e imuniza o sistema com o devido processo legal, a separação de poderes, o duplo grau de jurisdição, o princípio *in dubio pro reo*, etc. Mas no ambiente de crise sistêmica apontado, onde o judiciário é sobrecarregado pelas demandas da crise, a sua eficácia passa a depender demasiadamente da eficiência, e é posta em xeque. De um lado está o abarrotamento dos tribunais e a demora das decisões e de outro a necessidade de sentenças bem fundamentadas e garantidas sob os princípios do Estado de Direito. Por outro lado, convém lembrar que sem a promoção da justiça não há transversalidade constitucional.

Então o sistema reage em busca de eficiência, mas com o desafio de preservar a eficácia e a efetividade. Neste sentido se exemplifica as medidas de reforma do judiciário no Brasil, em especial com a criação do Conselho Nacional de Justiça e da súmula vinculante; e as reformas do contencioso administrativo em Portugal, com a publicação do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, que busca simplificar o contencioso, consolidar as medidas cautelares e adotar medidas de economia processual.

No âmbito do sistema político a eficácia e a efetividade estão relacionadas com a oferta de direitos sociais e serviços públicos de qualidade. São perspectivas diretamente relacionadas com a capacidade financeira do Estado. O Estado já impõe pesadas cargas tributárias e já realizou cortes de despesas significativos para equilibrar o orçamento. A eficiência é vislumbrada como a alternativa que otimiza os recursos. Eficácia e efetividade, nestas condições, dependem de eficiência. No Brasil a eficiência tornou-se

³⁵ “O Direito Constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele tutela – tanto como os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional. Vol. I.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 83).

princípio constitucional da administração pública, mas são exemplos também a lei de responsabilidade fiscal, a imposição de tetos de vencimentos dos servidores públicos, as reformas da previdência e a lei de improbidade administrativa. Em Portugal a revisão constitucional de 89 é importante neste sentido, pois buscou a descentralização e a autonomia local da administração pública, com fins à desburocratização, assim como suprimiu a irreversibilidade das nacionalizações, abrindo caminho para as privatizações e para a redução do Estado. O discurso da eficiência tem marcado a legislação administrativa portuguesa nas duas últimas décadas. Os principais exemplos são a lei 8/90, de bases da contabilidade pública, o decreto lei 191/99, do regime da tesouraria do Estado, a lei 42/98, de finanças locais, a lei 27/96, do regime jurídico da tutela administrativa, e recentemente com maior impacto, a lei 12-A/2008, que regula os regimes de carreira dos trabalhadores da administração pública com fins a uma gestão mais privatista e dinâmica.

Porém, esse debate não se esgotou. Vê-se que tanto no Brasil quanto em Portugal a legislação sobre o assunto não significa a correspondente expectativa de eficiência, eficácia e efetividade. A capacidade de autoreferenciação dos sistemas jurídico e político dependem da sua capacidade de gerar efetividade. Esta pode ser alcançada, relativamente, com níveis maiores de eficiência funcional. Entretanto, o discurso da eficiência administrativa com fins à melhor gestão dos recursos públicos e efetivação dos direitos sociais pode ser visto também como uma resposta paliativa e secundária ao problema maior que é a nova configuração da ordem social internacional³⁶.

Os problemas de comunicação sistêmica persistem e o discurso do “Estado eficiente”, seja na organização e funcionamento de seu sistema político ou de seu sistema jurídico, é, no fundo, a adoção da agenda neoliberal. Os fundamentos do Estado de Direito, como visto, podem ser comprometidos com essa agenda. A resposta do sistema político e do sistema jurídico deve ser no nível equivalente e equilibrado desta nova ordem e é neste sentido que a propositura de uma comunicação sistêmica transconstitucional pode ser uma alternativa.

3.2 Implicações do transconstitucionalismo e do interconstitucionalismo na crise da transversalidade constitucional - Outro desafio à transversalidade da Constituição são as novas formas de comunicação social definidas pela sociedade globalizada. A questão aqui não é somente a comunicação entre sistemas numa sociedade, mas entre sociedades diferentes e entre formas de regulação social diferentes, postas em oposição com ruptura de barreiras pela globalização. O contato entre sistemas jurídicos diferentes força a novas formas de operação do Direito. A questão não mais se resume ao universo do Direito Internacional Público, ao qual estão acostumadas as instâncias jurídicas nacionais, mas à emergência de regulações locais, comunitárias, supranacionais, etc..

Pelo Direito Internacional Público se desenvolveu um padrão hermético de produção do direito que não corresponde às necessidades e aos sujeitos determinantes contemporâneos. Trata-se de um ambiente de assimetrias que é contraposto à lógica equilibrada deste direito. O diálogo jurídico entre a Comunidade Européia e os seus membros talvez seja a mais expressiva destas novidades, afetando a ordem interna dos países, inclusive em matéria constitucional. Outro exemplo é o desenvolvimento em escala da *lex mercatoria*. Ela não é uma novidade, mas ganha um vigor incomum nos atuais níveis de comércio internacional.

Vê-se que a sociedade pós-moderna, ainda não definida, se pulveriza em várias racionalidades sistêmicas políticas e jurídicas – Estados, comunidades econômicas, regiões autônomas e federadas, etc. –

³⁶ Ainda é atual a polêmica no judiciário brasileiro sobre a prestação de direitos sociais, especialmente o direito à saúde no que toca aos limites de recursos do Estado e à oferta de tratamentos mais dispendiosos, porém necessários. Trata-se da oposição entre o mínimo essencial como parte da dignidade da pessoa humana e a ponderação com o princípio da reserva do possível. Neste sentido é a jurisprudência do Min. Gilmar Mendes, em Agravo Regimental onde indefere a tutela antecipada requerida pela União para suspensão de tratamento médico (nº 175, Apelação Civil 408729/CE (2006.81.00.003148-1) de maio de 2010).

organizadas sob uma perspectiva constitucional ampla, que nem sempre garante os pressupostos da modernidade liberal de direitos fundamentais e os limites ao poder constituído. Esta realidade amplia o cenário de crise do Estado Social, porque agora não é somente a questão da gestão de recursos públicos para as políticas sociais, é também a perda de legitimidade do modelo, pois os atores externos na cena global não pactuaram com os pressupostos desse Estado. Não há uma relação horizontal de seleção estrutural de relações recíprocas, uma exigência da relação sistêmica moderna estabelecida (NEVES, 2009:92).

O transconstitucionalismo e o interconstitucionalismo, como formas de comunicação entre sistemas constitucionais, servem poderosamente a um fortalecimento dos sistemas jurídicos num ambiente de sociedade global e em crise no seu modelo de regulação social. É a recepção de experiências externas equivalentes ou aproximadas, indicativas de solução e que reduzem as hipóteses de erro e acerto. Sem necessariamente representar um modelo hegemônico de racionalidade a partir dos países centrais, pois gradativamente esta necessidade de comunicação mostra-se, segundo Marcelo Neves, recíproca.

Não é incomum, por exemplo, conflitos envolvendo direitos sociais fundamentais das relações de trabalho, entre sujeitos de ordens jurídicas diversas, onde os tribunais constitucionais têm que apreciar a garantia destes direitos em decorrência da situação anômala de vinculação a estas ordens diversas, seja nacionais ou não. A jurisprudência mais comum envolve indivíduos que reivindicam direitos trabalhistas contra Estados no exterior, por serviços perante representações diplomáticas, em situações onde uma das ordens jurídicas não protege tais direitos; também neste sentido direitos trabalhistas são reivindicados em relações entre religiosos e a Igreja Católica, onde se depara com o conflito com o Direito Canônico; por fim, estes mesmos direitos são reivindicados na contratação de atletas, principalmente de futebol, onde a regulação tem um nível de autonomia incomum³⁷.

Também no âmbito da comunicação entre o Direito Constitucional e o Direito Comunitário as questões de direitos sociais tornaram-se relevantes, especialmente no âmbito da União Européia, onde os tribunais constitucionais precisam compatibilizar as regulações internas de direitos fundamentais sociais e os tratados de mesma natureza, como a Convenção Européia de Direitos do Homem, em conflitos que suscitam a competência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³⁸; e no âmbito da América, para os países signatários, onde vigora o Pacto de São José da Costa Rica e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para

³⁷ Marcelo Neves classifica que a ‘lex sportiva’ é uma “ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais, tem afirmado um alto grau de autonomia perante o direito estatal, com impactos em questões de direitos individuais de natureza constitucional, especialmente no campo da liberdade contratual e profissional” (2009:197).

³⁸ Rui Manuel Moura Ramos cita jurisprudência do Tribunal Constitucional Português (Acórdão n° 345/99, de 15 de junho de 2000) em que este tribunal reconhece a influência positiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: “em face das razões invocadas pelos órgãos jurisdicionais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição” (RAMOS, Rui Manuel Moura. O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. IN: Tribunal Constitucional. **Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida**. Coimbra: Coimbra Editora, p.814). Neste interessante estudo Rui Manuel Moura Ramos identifica diversas situações onde o Tribunal Constitucional Português decidiu sobre a constitucionalidade de normas estrangeiras na ordem portuguesa, muitas delas de comunicação transconstitucional, no mesmo estudo afirma o autor: “A garantia da Constituição a que se reporta o título I da Parte IV do texto da nossa lei fundamental é pois a garantia do texto constitucional em que ele insere e não a de quaisquer outros, ou dos valores que os inspirem. Tal não significa que os valores e normas estrangeiros (ou, rectius, não pertencentes directamente ao círculo integrado na nossa lei fundamental), aí incluídos os de relevo constitucional, sejam indiferentes à actividade judicativa do Tribunal Constitucional Português” (RAMOS, p.808). No mesmo sentido da comunicação transconstitucional, entendo que a orientação da Constituição Portuguesa no artigo 16° n. 2 (“os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”) é um importante caminho na comunicação dos direitos sociais entre ordens diversas.

julgar os Estados que ferem os direitos assegurados no pacto³⁹.

Outro exemplo de problema relacionado aos direitos sociais e à sua proteção nesta ordem multifacetada diz respeito à comunicação com as “ordens extraestatais”, como o Direito das comunidades indígenas na América do Sul. O debate no Brasil sobre a demarcação das terras indígenas⁴⁰ pôs em oposição interesses econômicos locais, a definição de soberania territorial e questões relacionadas a novos direitos, como a proteção do meio ambiente, a identidade dos povos indígenas e a proteção do patrimônio da biodiversidade. A demarcação de terras indígenas no Brasil sempre reacende o debate sobre a integração dos seus povos à modernidade e o acesso aos bens e serviços públicos, o que significa o choque de culturas, especialmente pelas diferenças de bioética, educação e direitos.

Assim, o transconstitucionalismo, presente hoje num leque amplo de relações sistêmicas, também serve à solução de conflitos no âmbito dos direitos sociais fundamentais.

CONCLUSÃO

Diante da crise do Estado Social, de desequilíbrio financeiro das contas públicas, de erosão dos serviços públicos e de consequente crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais (e no mesmo sentido esta crise atinge a efetividade da justiça e do judiciário), ocorre o fenômeno da perda de diferenciação sistêmica do direito e da política diante dos sistemas econômicos e de comunicação social – numa perspectiva da teoria dos sistemas.

Isto porque a nova ordem social pós-moderna, de globalização, implica em novos padrões de comunicação sistêmica, com tendente hegemonia dos sistemas econômicos e de comunicação social, onde o direito e a política, fundados nos limites do Estado soberano, encontram-se defasados. A Constituição – instrumento de comunicação transversal da política e do direito nos Estados Democráticos e de Direito – só preservará nessa condição se o Direito Constitucional desenvolver novos modos de comunicação coerentes com uma sociedade de funciona globalmente. Neste sentido ganha relevo o transconstitucionalismo e o interconstitucionalismo, como formas de diálogo constitucional, seja pela influência recíproca na interpretação e evolução do Direito Constitucional pelos tribunais, seja no procedimento de análise e comparação dos diversos constitucionalismos pelos aplicadores do direito em geral.

O discurso neoliberal de redução do Estado e de corte das despesas públicas, para combater a inflação, a recessão e a fuga de capitais, vem acompanhado de uma mentalidade privatista de gestão, que implica em métodos de gestão orientados pelo princípio da eficiência. Entretanto, o destaque desse princípio na lógica e funcionamento das ordens jurídicas democráticas afeta diretamente os seus pressupostos fundamentais de eficácia e efetividade, uma vez que são conceitos imbricados. Em resumo, a eficiência é um meio possível, ou até o melhor meio, para chegar à eficácia e à efetividade, mas a preponderância deste meio sobre o seu fim pode levar a uma eficácia formal, esvaziada e comprometida na sua efetividade. Isto ocorre especialmente quando as reformas de eficiência da justiça permeiam os mecanismos de garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. O círculo vicioso de crise do Estado Social obriga o Estado a constantes reformas do judiciário, numa constante tensão e necessidade de diálogo na ponderação entre os meios e os fins da justiça.

³⁹Também neste âmbito, os tribunais constitucionais dos respectivos Estados se esforçam para decidir sobre a compatibilidade dos direitos aí consagrados e as Cartas de Direitos nacionais. Neste sentido, ainda que não seja especificamente sobre um direito social, ocorreu no Brasil quanto à proibição de prisão civil.

⁴⁰O Supremo Tribunal Federal foi levado a manifestar sobre a demarcação da Reserva Raposa Terra do Sol, em 11/2008.

Esse estudo apontou para duas saídas à crise do Estado Social e de sua constituição transversal: a ampliação do debate transconstitucional e a cautela na adoção de medidas de gestão eficiente do Estado e da justiça.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, D. F.. **Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo**. Coimbra: Almedina, 2002.
- ANDERSON, P.. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- ANDRADE, J. C. V.de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.
- ANTUNES, R.. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp.
- BATISTA JUNIOR, O. A.. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BARROSO, L. R.. **Temas de Direito Constitucional. Vol. I**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
- BENTO, L. V.. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP: Manole, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, J. L.. O Estado e seus limites, reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. IN: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues e outros (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- BONAVIDES, P.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *A governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social*. IN: CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- DOBB, M. H.. **A evolução do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- DUPAS, G.. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- DWORKIN, R.. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTORNINHO, M. J.. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.
- FARIA, J. E. et al. **Direito e Globalização Econômica**. Implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAG, M.. **L'oubli de La société: pour une théorie de La postmodernité**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2002.
- HOBBS, T.. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural; 1974.
- JELLINEK, G.. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1973.
- KELSEN, H.. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- LASSALLE, F.. **O que é uma Constituição?** Leme/SP: JGEditor, 2003.
- LUHMANN, N.. **Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general.** Barcelona: Anthoropos, 1998.
- MIRANDA, J.. **Manual de Direito Constitucional. Tomos II, VI, VI e VII.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NEVES, M.. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA NETO, F. J. R. et al. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RAMOS, R. M. M.. O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos. IN: Tribunal Constitucional. **Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida.** Coimbra: Coimbra Editora.
- ROCHA, M. I. C.. **Reflexão sobre o conceito de soberania frente à desterritorialização provocada pela globalização econômica** Dissertação (Mestrado). Franca: UNESP, 2000.
- ROSANVALLON, P.. **A crise do Estado-providência.** Brasília: Ed. Da UNB; Goiânia: Ed. Da UFG, 1997.
- SANTOS, B. de S.. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** Porto: Afrontamento, 2002.
- SARLET, I. W. ; TIMM, L. B.. (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOARES, G.. Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável? In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha.** Lisboa: FDUL, 2005.
- STRECK, L. L. (coord.) **Entre discursos e culturas jurídicas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- STRECK, L. L.. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, F. J. R. et al. (org.) **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- WEBER, M.. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2003.
- .