

DILEMAS DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Laurindo Dias Minhoto

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP

Professor Adjunto de Sociologia Jurídica da
Universidade São Judas Tadeu

Professor Assistente de Ciência Política e
Teoria Geral do Estado da PUC de São Paulo

Introdução

Este artigo tem como objetivo discutir alguns dos dilemas que se apresentam à garantia jurisdicional dos direitos sociais na sociedade brasileira contemporânea. Com efeito, na esteira do texto constitucional de 1988, os direitos sociais assumem uma posição estratégica na reorganização jurídico-política da vida institucional do Brasil. No entanto, a dinâmica das relações sociais contemporâneas tem revelado a magnitude dos desafios com que se defronta a efetivação de uma práxis jurídico-decisória eficaz e adequada à proteção dos direitos sociais em nosso país.

Nos limites deste trabalho, que se move na área da sociologia jurídica, concentro-me basicamente em dois desses desafios, que de certo modo acabam problematizando, na prática, a plena assunção por parte dos tribunais brasileiros da lógica e da práxis jurídicas requeridas pela proteção dos direitos sociais: (a) a cristalização de um perfil decisório de inspiração marcadamente jurídico-liberal no âmbito do Poder judiciário; (b) e a existência de práticas históricas arraigadas de assistencialismo no Brasil, freqüentemente baseadas numa *cultura do favor*, em tudo avessa ao universo abstrato dos direitos da cidadania.

Importa não perder de vista que a ineficácia da prestação jurisdicional dos direitos sociais assume, na atualidade, contornos verdadeiramente dramáticos, na medida em que alguns dos efeitos mais perversos do processo de globalização da economia, notadamente no que respeita ao brutal aumento das desigualdades sociais, tendem a ocorrer simultaneamente à progressiva erosão dos mecanismos jurídicos destinados à sua proteção, *et pour cause*.

O legalismo liberal

O legalismo liberal constitui a ideologia jurídica que tradicionalmente tem informado e legitimado a prática decisória da prestação jurisdicional dos direitos humanos no Brasil. Como se sabe, o modelo liberal de direito e estado é, em grande medida, o resultado jurídico específico do longo processo histórico de afirmação e consolidação do modo capitalista de produção e, portanto, da correspondente pretensão de universalidade do

projeto da modernidade liberal-burguesa. Um projeto que tem como marco histórico fundante as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e que, para retomar uma formulação clássica, literalmente “desmanchou no ar” o universo de valores característico da estrutura social do *ancien régime*.

O jusnaturalismo racional e o individualismo são ingredientes centrais à lógica do código de valores reivindicado pela burguesia então ascendente. O individualismo alça o homem ao centro do mundo e vê na subjetividade do indivíduo o dado fundamental da experiência humana. O jusnaturalismo racional o complementa e reforça. A partir da obra do holandês Hugo Grócio, o jusnaturalismo opera um dupla ruptura com o passado: a recusa da existência de uma lei natural divina, posteriormente revelada aos homens; e a recusa de uma lei natural em sentido estrito, ou seja, fisicamente perceptível a todos os seres pela via do instinto. A nossa modernidade jurídica deriva, em grande medida, do esforço teórico de reconstrução das doutrinas do direito natural a partir do desenvolvimento de uma antropologia fundada na razão humana (Fassò, 1991: 656-658; Lafer, 1988: 120; Dallari, 1984).

Tal como conceptualizados pelo discurso jurídico da modernidade liberal-burguesa, os direitos humanos constituem um *corpus iuris* jusnatural que pertine à natureza mesma do homem e, nesse sentido, configuram uma espécie de *a priori* moral absoluto, um dado preexistente à organização política da sociedade. Nos termos da formulação liberal clássica, deles se diz imprescritíveis, inalienáveis, indivisíveis e universais (Shivji, 1989: 20).

A radicalidade da promessa jurídico-política dos direitos humanos, empunhada pela modernidade liberal-burguesa, possui lastro histórico-social bem definido. A sociedade é redefinida à base das relações sociais que ocorrem no mercado. O indivíduo é o contratante que celebra o pacto jurídico de fundação da sociedade com vistas à proteção dos seus direitos individuais. O poder é reconceptualizado à imagem e semelhança do contrato, a um tempo consensual e artificial. Ao disciplinar as regras do justo e do injusto, o poder moderno se constitui como instância superior (*supra-partes*) de proteção dos direitos do indivíduo. O estado se institui por oposição à sociedade civil, tomada como o reino da liberdade individual, em que vontades autônomas exercem o seu livre-arbítrio no jogo da reciprocidade que caracteriza as relações mercantis. A instância pública legitima-se como limite intransponível: a esfera política é condição de possibilidade da liberdade civil. O estado de direito, ao deslocar o governo dos homens para o governo da lei, jurisdiciza por assim dizer a abstração legal como o fundamento da não-intervenção do estado na sociedade. Em contraposição ao que ocorria na pólis grega e no mundo romano, o ideal da *vida boa* é privatizado e a ética é banida do domínio da política e do direito. A microética burguesa instaura a liberdade dos modernos – fenômeno eminentemente privado – em oposição à liberdade pública e a cidadania ativa dos antigos.

A construção do discurso jurídico moderno dos direitos humanos assenta-se na *aparência socialmente necessária* assumida pelas relações mercantis que caracterizam a esfera da circulação da sociabilidade capitalista, que promete a justiça da equivalência dos termos de troca. Daí por que, na fina observação de Pashukanis, seria possível divisar mais

um exemplo da conexão dialética entre os vários aspectos da cultura na seguinte constelação histórica: “O capitalismo industrial, as declarações de direitos humanos, a economia política de Ricardo e o sistema de aprisionamento por termo estipulado são fenômenos peculiares a uma e mesma época histórica” (1989:180-181). No entanto, é óbvio que a *ilusão objetiva* da igualdade, da liberdade e da solidariedade continuou a esbarrar nas gritantes disparidades produzidas pela sociedade capitalista, na medida em que, como se sabe, “the Glorious Revolution of 1688 established the freedom not of men, but of men of property” (Hay, 1975:18). Note-se que a dialética entre o real e o formal, ou seja, a negação historicamente determinada pela desigualdade real em relação à postulada igualdade jurídico-formal permanece como fratura exposta da promessa do discurso moderno dos direitos humanos.¹

O juiz ventríloquo

A viravolta positivista dos séculos XIX e XX propicia, é certo, de um lado, a formulação de padrões precisos para o enquadramento jurídico das relações sociais, traduzindo as exigências de calculabilidade, previsibilidade, segurança e certeza das expectativas que acompanham a consolidação da moderna sociedade capitalista, configurando desse modo a dogmática jurídica como uma tecnologia de estabilização do processo de interpretação e aplicação do direito, porém, de outro, simultaneamente, a desradicalização do discurso jusnaturalista dos direitos humanos.

Segundo a nova “gramática dos direitos da cidadania”, a teoria jurídica pode ser entendida sobretudo como um jogo de linguagem, em que o direito funda o direito a partir das regras de julgamento da dogmática, acompanhando um processo mais abrangente de diferenciação das esferas de valor da sociedade moderna, magistralmente descrito por Max Weber, no âmbito do qual a crescente racionalização das relações sociais leva a um progressivo *desencantamento do mundo*. O novel nominalismo jurídico – esse fetichismo de nomes, como uma boa fórmula já o caracterizou –, mimetiza o processo de abstração crescente das relações sociais capitalistas, em que a lógica do sujeito automático do capital se espalha em direção a todas as esferas do sistema social, deflagrando uma dinâmica social literalmente cega, que opera acima das cabeças e às

¹ *O legado da doutrina dos direitos naturais é ambíguo. Se, de um lado, significou a afirmação da nova ordem liberal - capitalista e de um novo código de valores que pugnava pelo fim da ordem dos privilégios característica do ancien régime, assinalando a rotação copernicana da relação política de que nos fala Norberto Bobbio – “passou-se da prioridade dos deveres do súdito à prioridade dos direitos do cidadão... em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao estado, primeiro os deveres, depois os direitos” (1992:60; 1987:63) –, de outra parte, a identificação histórica entre direitos naturais e direito de propriedade revela o caráter ideológico da pretensão de universalidade do discurso jurídico-liberal dos direitos humanos. Valendo-se de conceitos a-históricos como natureza humana e operando a descontextualização do homem concreto em favor do indivíduo atomizado (Marx, 1992), o discurso jusnaturalista dos direitos humanos padece de um desequilíbrio de fundo entre o formal e o real (Habermas, 1975). Esse discurso se vale, em diferentes períodos históricos, de uma retórica progressista e conservadora, procedendo ora “à crítica da legalidade pela legitimidade, ora à sacralização da legalidade pela legitimidade” (Lopes, 1994:121).*

costas do comportamento errático dos sujeitos de direito. A entronização da autonomia do saber jurídico que põe auto-reflexivamente as suas próprias condições de possibilidade e instaura o seu “regime de verdade” incorpora a razão instrumental como princípio de organização da racionalidade jurídica formal, ao mesmo tempo que deriva de uma correspondente fratura das relações sociais no plano da sociabilidade.

A identificação entre o legal e o legítimo operada pela norma fundamental kelseniana, devidamente acompanhada da ficção legal do sujeito de direitos, em que o indivíduo abstrato e atomizado recebe do ordenamento jurídico um catálogo minucioso de liberdades e direitos, a serem exercidos segundo a sua *facultas agendi*, acaba por celebrar “o mundo tal como ele é”. Sob a aparência da neutralidade axiológica, o monólogo juspositivista requer adesão incondicionada à ordem estabelecida (Miaille, 1976:268-9; Villey, 1957:345).² Nesse contexto, não é de espantar de todo a conhecida expiação benthamiana: “natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense – nonsense upon stilts” (*Anarchical Fallacies*, 1843: 501).

A passagem da teoria jusnaturalista para a sóbria concepção positivista dos direitos humanos tem razões históricas. Na formulação precisa do jurista africano Issa Shivji, “If the ideology of natural-rights was the rallying cry of the rising bourgeoisie against feudalism, positivism became the ideology of the triumphant bourgeoisie. Through it the bourgeoisie declared not only its victory but its resolution to stay and build the world in its own image. There were no more ideals to fight for, the ‘is’ was the ‘ought’ and therefore there was no need to look beyond the existing law and state. Rights were those granted by the state and all talk about inherent rights was nothing but metaphysical” (1989:49).

Assim é que os direitos humanos passam a ser concebidos como direitos civis e políticos, que se caracterizam pela titularidade e exequibilidade individuais, validade *erga omnes*, e caráter limitador da esfera de atuação estatal. São direitos geográficos, de rígida demarcação dos domínios público e privado (Lopes, 1994). Nesse contexto, o Poder Judiciário é pensado, antes de mais nada, como o *locus* institucional de proteção da justiça comutativa, ou seja, a arena de composição dos conflitos inter-individuais, responsável tanto pela salvaguarda dos direitos do cidadão quanto pela não-intervenção estatal na sociedade, no âmbito de um sistema harmônico de *checks and balances*. Nas célebres palavras de Montesquieu, o Judiciário “est en quelque sorte nulle”. O modelo de justiça privilegiado é o adjudicativo (vencedor/vencido), em que se concebe a figura do magistrado como terceiro mediador supra-partes, a quem cabe dizer o direito, a partir de uma interpretação isenta e apolítica do ordenamento positivo. O estabelecimento dessa espécie de não-poder, encarregado de julgar avalorativamente direitos de não-intervenção, num quadro geral constitucional não-dirigente, figura no centro da cons-

² Como nota um arguto observador, “este é o preço a ser pago pela autoipoiese. Como dizem os positivistas, a legitimidade torna-se palavra oca ao ser equiparada à legalidade, pois o direito legítimo, nos sistemas modernos, é aquele produzido de acordo com as regras do sistema (...) Advogando o fim da ‘ideologia’ do direito natural, o positivismo coloca como modernidade exatamente essa autofixação dos critérios do lícito e do ilícito” (Adeodato, 1999:104).

trução jurídico-liberal de direito e estado: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação dos poderes, não tem Constituição.” (artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789).

Welfarismo e Direitos Sociais

Os chamados direitos sociais nascem em contexto histórico definido. Mais especificamente, no contexto de transição do estado liberal para o intervencionista. Opera-se um abalo significativo no mito da externalidade do estado. Dois fatores decisivos contribuem para a “repolitização” relativa das relações sociais: a oligopolização dos mercados e a coletivização dos conflitos. Num longo processo histórico, que se inicia na segunda metade do século XIX e se consolida após a 2ª Grande Guerra, o modelo do estado social assinala, a um tempo, o fim do capitalismo concorrencial e a integração relativa das classes trabalhadoras no quadro político-institucional das sociedades industrializadas do Ocidente.

No que diz respeito ao processo de acumulação capitalista, o estado é chamado a agregar novas funções às que tradicionalmente desempenhava na ordem liberal, entre as quais, avulta a do planejamento da economia. Ao novo estado cabe assegurar a estratificação internacional imperialista pela organização supranacional de blocos econômicos; investir em setores estratégicos e não produtivos, como armamentos e exploração espacial; formular políticas estruturais de alocação de capitais em setores negligenciados e/ou mal administrados pelo setor privado; ampliar a promoção de infra-estrutura, investindo em transportes, telecomunicações, educação e saúde; promover a infra-estrutura imaterial, pelo investimento em ciência e tecnologia; aprimorar a formação de recursos humanos, pelo estabelecimento de cursos de aperfeiçoamento profissional e programas de reciclagem; mitigar os efeitos colaterais da economia de mercado, pela produção de mecanismos compensatórios, tais como benefícios da previdência social e direitos trabalhistas (cf. Habermas, 1975:35).

O estado desempenha as suas novas funções num campo de forças potencialmente contraditório. De um lado, trata-se de assegurar as condições necessárias à garantia da reprodução do processo de acumulação do capital, basicamente pela planificação da economia; de outro, trata-se de neutralizar o potencial explosivo dos conflitos gerados pelos efeitos colaterais desse mesmo processo acumulativo. Noutros termos, o estado tem de, simultaneamente, investir na acumulação e em gastos não produtivos. Incapaz de pôr fim à contradição em que se assenta, o estado social procura administrar as tensões que daí advêm. Essa forma particular que assume o estado capitalista já foi caracterizada por Boaventura de Sousa Santos como uma autêntica dialética negativa do estado, por intermédio da qual o aparato de poder lança mão a um tempo de mecanismos de integração/trivialização e exclusão/neutralização dos conflitos, no âmbito de uma estratégia jurídica mais geral de expansão de direitos (1992:246; sobre a teoria da crise fiscal e a dinâmica contraditória do estado social, ver Faria, 1993:47 e o conhecido trabalho de O'Connor, 1973).

A integração de parcela da classe trabalhadora ao quadro político-institucional da ordem do bem-estar assenta-se primordialmente numa estratégia de extensão da cidadania. Graças a um surto de crescimento econômico, foi possível forjar um consenso político inter-classes sociais, envolvendo estado, trabalho e capital, pilar sobre o qual se estruturou o *welfare state* (Norrie and Adelman, 1989:112-113). Filhos diletos desses desdobramentos, os chamados direitos de segunda geração, à diferença dos direitos civis e políticos, caracterizam-se pela titularidade, reivindicação e exequibilidade coletivas. Dirigem-se não só ao estado, como também a entidades privadas, e demandam uma postura ativa por parte do poderes públicos.³

Os direitos sociais configuram um instrumento de governo e o direito passa a ser concebido como meio de implementação de políticas públicas: “social law seeks to be an instrument of intervention which is to serve to compensate and correct inequalities, to restore threatened equilibria. Social law is a law of preferences, a law of non reciprocity, a law of positive discriminations” (Ewald, 1988:46).

Ora, é justamente o reconhecimento da especificidade dos direitos sociais que parece exigir um reenquadramento crítico da tradição jurídico-liberal de proteção aos direitos humanos no Brasil, e portanto uma reavaliação das práticas decisórias cristalizadas em nossos tribunais, sobretudo à luz da rotação de eixo deflagrada pelo texto constitucional de 1988. Como se sabe, uma Constituição que não se limita a organizar juridicamente o poder, nem a arrolar os direitos civis, políticos e sociais do cidadão, mas que também estipula os objetivos e princípios com base nos quais o estado deve formular políticas públicas, inscrevendo-se, portanto, no rol das modernas constituições-dirigentes (Canotilho, 1989).

Como afirma José Afonso da Silva, os direitos sociais configuram uma espécie de *a priori* ao gozo dos direitos civis e políticos (1992:258). A forma de reivindicação desses direitos tem evidenciado os estreitos vínculos entre ação política e prestação jurisdicional. A questão do acesso à justiça é bastante ilustrativa a respeito, ao patentear as ligações existentes entre direito processual e política. Nesse sentido, o acesso à Justiça pode ser pensado como uma espécie de “direito-charneira”, precondição à efetividade dos demais (Santos, 1989). Essa é precisamente a razão pela qual a proteção jurisdicional dos direitos sociais está a requerer novas práticas decisórias, que implicam, entre outras considerações, (a) a superação do rígido modelo adjudicatório (vencedor-vencido) e a introdução de técnicas de negociação na arena judicial, mais afeitas a um modelo de corte conciliatório; (b) a assunção, por parte do magistrado, de uma postura mais ativa na condução do processo; (c) o pleno reconhecimento da capacidade normativa do Poder Executivo na esfera social, dada a íntima conexão entre a efetividade dos direitos sociais e a formulação de políticas públicas por parte do estado (nos termos do artigo 174 da C.F.); e, nessa mesma linha de raciocínio, (d) a percepção do caráter eminentemente coletivo da titularidade e exequibilidade de tais direitos.

³ É sintomático, portanto, que a perspectiva liberal dominante de aproximação ao tema dos direitos humanos tenda a concebê-los como direitos afetos mais ao campo da política do que propriamente à esfera jurídica. Uma discussão interessante desse ponto encontra-se em Eide (1989: 46).

No final das contas, o decisivo é reconhecer que, por intermédio da prestação jurisdicional dos direitos sociais, o Poder Judiciário tem um papel central na redistribuição das legalidades/igualdades e ilegalidades/desigualdades sociais, constituindo-se antes em órgão aplicador de um direito das desigualdades do que propriamente das igualdades formais (nesse sentido Faria, 1994; Lopes, 1994; Santos, 1989). Novos atores sociais, portadores de novas demandas que configuram um novo quadro normativo, estão a exigir o desempenho de novas funções por parte do Poder Judiciário, o que tem esbarrado, no entanto, no ideário liberal-legalista que tende a impregnar as nossas cortes de justiça (para uma instigante discussão teórica a respeito, Campilongo, 1994).

O mandado de injunção

O mandado de injunção, uma das novidades processuais inauguradas pelo texto constitucional de 1988, tem refletido pateticamente alguns dos limites apontados neste trabalho em relação à garantia jurisdicional dos direitos sociais a partir de uma cultura jurídica liberal e legalista. Dispõe o artigo 5º, inciso LXXI, da C.F.:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Divide-se a doutrina quanto ao caráter restrito ou amplo da utilização do mandado de injunção. No entender de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Michel Temer (1990:112), o instituto não se destina à tutela de direito social. Destes constitucionalistas divergem, a seu turno, José Afonso da Silva, Galeno Lacerda, Celso Barbi, Régis de Oliveria e Carlos Mário Velloso. A controvérsia diz respeito basicamente à questão de saber se o instituto aplica-se a quaisquer liberdades e direitos constitucionais, ou apenas aos referentes à soberania, nacionalidade e cidadania, sempre na hipótese de falta de norma regulamentadora que inviabilize o seu exercício (para uma discussão mais detalhada, Velloso, 1989:22 e segs.)

Mas é no campo jurisprudencial que se tem verificado propriamente uma franca rejeição à utilização do mandado de injunção. Assim é, pois, que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no seguinte sentido:

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado; mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o

faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (MS nº 168-5 – RS).

O mandado de injunção é ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativas dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias (MI nº 107 – GO).

(...) se, como pretende o impetrante, seus benefícios devem ser revistos em face de norma já existente, o mandado de injunção é inadequado. Ainda mais, pendente que seja de norma regulamentadora quanto à fonte de custeio, como pretende a autoridade apontada como coatora, esta é encargo do Congresso Nacional, implicando, portanto, na ilegitimidade passiva do impetrado e redundando na falta de uma das condições da ação (MI nº 40 – DF; a ênfase é minha).

Tais entendimentos têm sido reiterados (e.g. MI nº 176-6 – PE, MI nº 107-3 – DF, MI nº 195-2 – DF). Precisamente porque a sentença, no mandado de injunção, “deve ir além da determinação de regulamentar, para prever e suprir as omissões, criando o juiz ou tribunal o regulamento exigido” (Velloso, 1989:25), o instituto tem sido sistematicamente denegado por nossa mais alta corte de justiça. Ou mais especificamente, porque essa ação constitucional requer do magistrado uma nova prática decisória que não se coaduna perfeitamente com o cânone jurídico-liberal da rígida divisão dos poderes e com o papel de nulidade que lhe corresponde. A conversão do pedido de injunção em pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão, preenchido o requisito da mora em regulamentar, e sem que o Judiciário possa cobrar do órgão encarregado da regulamentação uma efetiva prestação, ou, ainda, a pura denegação da ordem por ilegitimidade passiva *ad causam* – tudo em nome da mesma concepção monolítica do princípio da divisão dos poderes –, têm descaracterizado, na prática, o instituto.

O assistencialismo

No Brasil, a partir da década de trinta, fundamentalmente com a adoção da estratégia de desenvolvimento por substituição de importações, inicia-se a formação de um peculiar estado desenvolvimentista, cuja roupagem político-jurídica se expressa no instituto da *cidadania regulada*. Se a questão social brasileira – a integração do proletariado produzido pelo processo de modernização – foi tratada como “caso de polícia”, sob o domínio da oligarquias rurais, a partir da era Vargas processa-se uma sofisticação nas técnicas de controle social, que opera pela regulação estratificada das ocupações profissionais. Em nosso país, cidadão é o trabalhador cujos direitos são reconhecidos *na medida em que pertença a uma corporação e tenha uma ocupação juridicamente regulada pelo estado* (cf. Santos, 1979:68). Na feliz formulação de Wanderley Guilherme dos Santos, a carteira de trabalho é a certidão de nascimento cívico do brasileiro (1981:182).

Uma singularidade da configuração histórica dos direitos humanos na realidade brasileira diz respeito à sua não adequação ao esquema clássico evolutivo fixado no modelo geracional de direitos proposto por T. H. Marshall (1967; cf. Carvalho, 1992:94-96). A rigor, o estado brasileiro não se constituiu nunca, propriamente, nem em estado de direito liberal, nem muito menos em estado social. Um processo de modernização iniciado na segunda metade do século XIX colocou, é certo, a questão da substituição da elite rural por uma elite urbana. Entretanto, uma característica central desse deslocamento de poderes entre elites foi a apropriação do ideário ruralista por parte da emergente burguesia urbana, desautorizando abertamente, portanto, o figurino iluminista da modernidade liberal-burguesa. O que, por sua vez, permite vislumbrar o caráter ambíguo e incompleto do processo de modernização do país e explicita a permanência do travo patrimonialista no estado brasileiro. Essa improvável combinação entre o arcaico e o moderno figura na base da clássica formulação de Sérgio Buarque de Holanda: “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido” (Holanda, 1936:119). A ordem dos privilégios e a *cultura do favor*, em tudo avessas ao universo abstrato e impessoal da afirmação dos direitos, acabaram repostas no nosso capenga e deficitário estado desenvolvimentista.⁴ Atualizando o achado de Sérgio Buarque, Roberto da Matta tem evidenciado que “entre nós, é o conjunto de relações pessoais nascidas na família que tende a englobar (e perverter) o mundo público, não o contrário” (1992:17).

Nesse contexto, não surpreende que o modelo de proteção social chancelado por parte significativa da legislação infra-constitucional brasileira ainda hoje seja assistencialista e liberal *tout court*. A partir de noções como “esforço individual”, “mérito”, “falha” e “recompensa”, o assistencialismo liberal traduz, na verdade, um conjunto desarticulado de ações que tem por escopo a mitigação contingente e emergencial da pobreza, pensada na perspectiva da “necessidade”. À maneira das *poor laws* da Inglaterra vitoriana, a lógica da atenuação circunstancial da miséria

⁴ Note-se a respeito que, quando não abertamente ditatoriais, os regimes políticos no Brasil tendem a descambar para o paternalismo desabusado e para as práticas populistas de governo.

prescinde do âmbito dos direitos da cidadania, no contexto *laissez-fairiano* de exercício do livre-arbítrio e opção pela pobreza: “demandar auxílio estatal implica abdicar da liberdade privada, deixar a esfera da comunidade política e assumir o status de pária” (Garland, 1985:48). No âmbito de tais práticas assistenciais, vigora uma espécie de “cidadania invertida”, pela qual “o indivíduo entra em relação com o estado no momento em que se reconhece como um não-cidadão” (Teixeira, 1991:44).

Nos países desenvolvidos, com a substituição do capitalismo concorrencial pelo monopolista, esse padrão assistencialista entra em colapso, abrindo a “questão social”, para cujo enquadramento se constitui o *welfare state* e a sistematização de políticas públicas. Uma das vertentes estruturais desse estado é justamente a lógica compensatória da concessão e expansão de direitos sociais: “o que distingue o estado social de outros tipos de estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito” (Regonini, 1991:416). Portanto, na passagem do estado liberal para o social ocorre um deslocamento do esnobismo caritativo e filantrópico para a priorização das políticas públicas e dos direitos sociais.

No Brasil, como já foi notado, a regulação da cidadania se deu preponderantemente pelo atrelamento seletivo dos direitos sociais à formalização de categorias ocupacionais corporativamente estratificadas. O decisivo é que esse processo permitiu que o enfrentamento da pobreza continuasse relegado à esfera da “filantropia senhorial” (Sposati, 1994; 1991), reino das práticas patrimonialistas, da clientela, do cartório e do culto à personalização.

Note-se ainda que na esteira da hiper-juridificação produzida pelo regime burocrático-autoritário, a superposição de anéis burocráticos, em que são “recortados” os benefícios assistencialistas, leva a uma situação de crescente paralisia decisória, que ainda hoje envolve o estado brasileiro, ao tornar “o jogo político-institucional dependente da ‘jurisprudência’ interna de cada anel, uma vez que os programas sociais foram convertidos em meros recursos de poder, razão pela qual a importância de cada anel passou a decorrer de seu orçamento interno e/ou de seu poder regulamentar” (Faria, 1993:54).

Nesse cenário, fica patente o descompasso existente entre a legislação infra-constitucional de proteção social e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito deflagrada pela Constituição de 1988. Esse descompasso se revela na ambigüidade que atravessa a própria LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). De um lado, esse diploma legal prescreve a gestão descentralizada da política de assistência social, a participação da comunidade e a composição paritária das instâncias deliberativas que institui, inscrevendo a assistência social no âmbito da política pública de seguridade social, ao arrolar explicitamente como seus princípios norteadores a universalização dos direitos sociais e o respeito à dignidade do cidadão (cf. arts. 1., 4., 5. e 16); de outro, mantém o controle cartorial sobre a concessão do famigerado “certificado de entidade de fins filantrópicos” (art. 9., par. 3.).

A ausência de um padrão legislativo minimamente coerente de proteção dos direitos sociais tende a problematizar as ações desenvolvidas pelas próprias ONGS, lançando-as

no terreno movediço da tutela jurídica da filantropia, o que acaba por gerar tensões: de um lado, favorece a prática usual de parte dessas organizações de operar à margem dos controles formais; de outro, explicita incompatibilidades, na medida em que o repúdio ao assistencialismo é um fator histórico constitutivo das ONGs, que advogam a valorização dos direitos da cidadania como estratégia privilegiada de ação (Fernandes, 1994: 127-9 e 141).

A agravar esse quadro, observe-se que a crise orçamentária e a estagnação econômica internacional problematizam a acomodação das funções contraditórias do *welfare state* de, ao mesmo tempo, investir na reprodução da acumulação e prover políticas públicas não-produtivas, o que tem acarretado nas sociedades avançadas a precarização generalizada das relações sociais e o desmonte da rede de bem-estar, sobre cujos escombros, não por acaso, vem se erigindo atualmente um vigoroso estado penal.⁵

Se isso está ocorrendo no centro, o que pensar do Brasil de hoje? Num país cada vez mais atravessado por práticas neovigilantes, igualmente mobilizadas pelos *happy few* e pelos *restless many*, que proliferam à sombra da falência do aparato de controle social do estado, sob o império do tráfico e de outras modalidades de gestão empresarial da miséria, configurando um quadro dramático de crescente privatização possessiva da justiça – “o outro sentido trágico da privatização do público operada no Brasil” (Oliveira, 1999:74) – o prometido adensamento da sociedade civil, a ser protagonizado por um gelatinoso terceiro setor no âmbito da reconstrução do espaço público brasileiro, pode acabar correndo o risco de, involuntária e paradoxalmente, reforçar entre nós – sob a aparência do moderno – a antiga barbárie que informa a nossa sociabilidade, ao aprofundar o desenvolvimento da mistura heterodoxa entre federalismo e dominação oligárquica (cf. Dallari, 1986:72-76) e da filantropia senhorial como padrão formal e informal de atendimento das carências sociais do país.

Conclusão

A construção jurídico-liberal dos direitos humanos como um conjunto de direitos individuais, abstratos e reificados, com pretensão de universalidade, desconecta-os das condições históricas específicas em que foram forjados. A localização desses direitos no quadro da ascensão da burguesia e da lógica do mercado como mecanismo de integração das sociedades capitalistas é condição *sine qua non* para que se possa proceder à reconceptualização da doutrina dos direitos naturais em bases históricas concretas (cf. Shivji, 1989).

O modelo liberal de direito e estado está intimamente ligado a essa construção. Do mesmo modo, afirma-se no quadro de consolidação do projeto da modernidade liberal-burguesa. O papel que atribui ao Poder Judiciário e a leitura jurídica da realidade a que

⁵ Discuto a constituição do estado penal contemporâneo e a instauração de uma florescente indústria prisional, destinada a gerir as ilegalidades dos deserdados do novo jogo econômico deflagrado pelo capitalismo global, em Minhoto (2000). No mesmo sentido, vejam-se as afiadas e oportunas observações de Paulo Arantes em ensaio a ser publicado na revista do grupo teatral Folias D'arte (“Documentos de cultura, documentos de barbárie. O sujeito oculto de um manifesto”).

procede têm de ser rediscutidos, em especial, pela problematização dos mitos da externalidade do estado e da neutralidade do juiz ventríloquo.

Os direitos sociais nascem num contexto histórico distinto, e, portanto, estão a requerer uma nova visão dos direitos humanos, do direito e do estado. Mais especificamente, esses direitos surgem da problematização mesma dos postulados básicos em torno dos quais foi construído o discurso da modernidade liberal-burguesa, num contexto de intervenção estatal, em que o direito passa a ser pensado como instrumento de implementação de políticas públicas. Os direitos sociais demandam o pleno reconhecimento da afirmação, titularidade e exequibilidade coletivas inerentes à sua lógica, bem como dos estreitos vínculos existentes entre atividade jurisdicional e luta política.

A transcrição acrítica das práticas inerentes à proteção dos direitos civis e políticos para a proteção dos direitos sociais coloca em questão a própria legitimidade do Poder Judiciário brasileiro. A rejeição jurisprudencial explícita, por parte da mais alta corte de justiça do país, em aplicar plenamente o instituto do mandado de injunção, patenteia o lado perverso de alguns dos dilemas que o Judiciário enfrenta atualmente. Se se mantiver impassível frente aos desafios que lhe tem sido colocados por uma sociedade crescentemente desigual, violenta e autoritária, a instituição corre o sério risco de caminhar progressivamente para a descartabilidade, com imprevisíveis conseqüências para nossa incipiente e frágil democracia (cf. Faria, 1994).

Algumas singularidades da realidade brasileira apontam tanto para a permanência de práticas patrimonialistas, que põem em questão as relações entre o público e o privado tal como elas foram pensadas de um ponto de vista liberal clássico, quanto para a ausência do consenso parcial que possibilitou o advento do estado social e uma relativa estabilização das sociedades centrais, já que na periferia do sistema-mundo as desigualdades se reproduzem de modo acentuado e ampliado. O legado do desenvolvimentismo autoritário, da cidadania regulada e da filantropia senhorial, que institui o assistencialismo caritativo como padrão de gestão circunstancial da miséria, constituem um contundente desafio à elevação da sociedade brasileira ao seu próprio conceito jurídico-constitucional.

O Poder Judiciário encontra-se hoje polarizado, de um lado, pelas demandas crescentes em torno da ampliação e efetivação dos direitos sociais, secundadas por uma carta constitucional progressista, e, de outro, pelo atual processo de destituição de direitos, que acompanha o ajustamento da economia brasileira aos padrões de competitividade e ao neodarwinismo social requeridos pela nova ordem econômica globalizada. Dada a centralidade que assume a categoria dos direitos sociais no processo de reordenamento das relações entre o público e o privado no Brasil, espera-se que a Justiça não permaneça cega à possibilidade de participar da construção de um efetivo estado democrático de direito no país, assumindo, em sua totalidade, a prerrogativa constitucional de contribuir para a redistribuição dos recursos materiais, políticos e simbólicos na sociedade brasileira. Numa palavra, auxiliando a cobrir o velho fosso entre o legal e o real – contradição em que se assenta a perspectiva jurídico-liberal dos direitos humanos – e que assume tons verdadeiramente bárbaros no atual momento vivido pelo *Brasil privatizado*.

Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício. *Direito e holismo na modernidade – para uma crítica às concepções universalistas e totalizadoras*, Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 5:95-109, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico*, in J. E. Faria (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almadina, 1989.
- CARVALHO, José Murilo. *Interesses contra a cidadania*, in Brasileiro: cidadão? São Paulo: Cultura, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa humana*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- EIDE, Asbjorn. *Realización de los derechos económicos y sociales: estrategia del nivel mínimo*, in La Revista, 43: 46-59, 1989.
- EWALD, François. *A concept of social law*, in G. Teubner (Ed.) *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988.
- FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*, in J. E. Faria (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FASSÒ, Guido. *Verbete jusnaturalismo*, in N. Bobbio et al. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1991.
- FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado porém público. O terceiro setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- GARLAND, D. *Punishment and Welfare*. Aldershot: Gower, 1985.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimation crisis*. Boston: Beacon Press, 1975.
- HAY, Douglas. *Property, authority and the criminal law*, in *Albion's fatal tree*. Harmondsworth: Peregrine, 1975.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1982.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito*, in J. E. Faria (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

- MARX, Karl, *On the jewish question*, in Early Writings. Londres: Penguin, 1992.
- MATTA, Roberto da, *Um indivíduo sem rosto*, in Brasileiro: cidadão? São Paulo: Cultura, 1992.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Ed. Moraes, 1976.
- MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade. A gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- NORRIE, Alan & Adelman, Sammy, *Consensual authoritarianism and criminal justice in Thatcher's Britain*, Journal of Law and Society 16: 112-128, 1989.
- O'CONNOR, James. *The fiscal crisis of the state*. London: St. Martin's, 1973.
- OLIVEIRA, Francisco de, *Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal*, in Francisco de Oliveira & Maria Célia Paoli (orgs.) Os sentidos da democracia. Políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999.
- PASHUKANIS, E., B. *Law and Marxism: a general theory. Towards a Critique of the Fundamental Juridical Concepts*. Worcester: Pluto Press, 1989.
- REGONINI, Gloria, *Estado do Bem-Estar*, in N. Bobbio et al. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Introdução à sociologia da administração da justiça*, in J. E. Faria (org.) Direito e Justiça. São Paulo: Ática, 1989.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *State, law and community in the world system: an introduction*, Social & Legal Studies Vol. 1 N. 2: 131-142, 1992.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *Reflexões sobre a questão do liberalismo: um argumento provisório*, in B. Lamounier et. al. (eds.) Direito, cidadania e participação. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- SHIVJI, Issa. *The concept of human rights in Africa*. London: Codesria, 1989.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SPOSATI, Aldaíza, *A Assistência Social e a Trivialização dos Padrões de Reprodução Social*, in Sposati et. al. Os Direitos dos Desassistidos Sociais. São Paulo: Cortez, 1991.
- SPOSATI, Aldaíza, *Cidadania ou Filantropia – um dilema para o CNAS*. Cadernos do Núcleo de Seguridade e Assistência Social da PUC/SP, n. 1, 1994.
- TEIXEIRA, Sônia M. F., *Assistência na Previdência Social – uma política marginal*, in Sposati et. al. Os Direitos dos Desassistidos Sociais. São Paulo: Cortez, 1991.
- TEMER, Michel, *Limites do mandado de injunção*, in Revista da PGE, dez., pp. 107-116, 1990.
- VELLOSO, Carlos Mário, *As novas garantias constitucionais*, in Revista de Direito Administrativo, 177: 14-28, 1989.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Librairie Dalloz, 1957.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1992.