

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Mario Thadeu Leme de Barros Filho

LIQUIDEZ E RESILIÊNCIA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Mario Thadeu Leme de Barros Filho

LIQUIDEZ E RESILIÊNCIA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Silvia Pimentel.

SÃO PAULO

2015

BANCA EXAMINADORA:

Ao meu filho Rodrigo,

Por todo amor e paciência desde
novembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

São muitos os que me auxiliaram a chegar neste momento tão especial em minha vida acadêmica. A bolsa de doutorado foi essencial para viabilizar a pesquisa, por isso sou grato ao Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, minha segunda casa há mais de uma década, pela oportunidade de realizar esta tese e de fazer parte desta nobre comunidade de professores, pesquisadores, alunos e funcionários.

Aos meus pais, Maria Cecilia e Mario Thadeu, por me incentivarem sempre a aprofundar os estudos e por sempre darem o exemplo da seriedade que devemos à academia. Muito obrigado pelo seu eterno amor e por, incondicionalmente, sempre estarem ao meu lado.

Ao meu irmão e grande amigo, Marco Antonio, pelos incontáveis debates desde a tenra infância, que se intensificaram após ambos ingressarem no universo acadêmico na mesma área de conhecimento. É difícil descrever sua ajuda para esta tese, seu compromisso e rigor acadêmico muito me admiram.

À minha querida avó, Ilda, exemplo de vida, de carinho e amor.

À minha orientadora, Professora Doutora Silvia, pelos quase 12 anos de convivência semanal dentro e fora da PUC, por me ter aceitado como orientando – generosamente contribuindo ainda mais em minha formação. Posso garantir, hoje mais do que nunca, que sou extremamente privilegiado e me sinto honrado e feliz por estar ao seu lado na vida acadêmica, e especialmente por suas essenciais contribuições, críticas e questionamentos durante a preparação desta tese.

Aos membros de minha banca de qualificação, Professora Doutora Flávia Piovesan, que me inspirou a trilhar o caminho do direito desde sua primeira palestra em nossa escola; e Professor Associado Marcelo Figueiredo, que me ensinou o que é ser professor e advogado, ao mesmo tempo, e me inspirou a seguir com seriedade e respeito

ambas as árduas atividades: obrigado por ter participado do meu primeiro estágio e por partilhar comigo suas experiências e sabedorias. Agradeço a ambos pelas valiosas contribuições durante o exame de qualificação e a atenciosa leitura, que muito me auxiliaram a aprimorar e nortear este doutorado.

Ao meu sócio e amigo de infância, Fernando de Almeida Prado, pela paciência na minha ausência, por tocar e assumir magistralmente minha equipe e minhas funções, meu eterno agradecimento.

Aos colegas acadêmicos e amigos, Professor Doutor Luiz Guilherme Conci, Professor Doutor Belmiro Patto e Professor Doutor Guilherme Assis de Almeida, pelas contribuições valiosíssimas, críticas, sugestões de leituras e discussões.

À Adriana Gregorut e ao Professor Doutor Frederico Diehl, sempre presentes, agradeço sinceramente pelas leituras e comentários que acompanharam as diversas versões desta tese, pelas revisões, ajudas e debates até o último momento.

À minha esposa, amiga, incentivadora, companheira de todas as horas, Aline, pela nossa história de amor, muito obrigado por seu apoio, dia e noite, sem fim, desde o primeiro momento de nossas vidas juntos.

RESUMO

Nesta tese, abordamos a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na sociedade contemporânea, estabelecendo suas características com a finalidade de identificar, no órgão, a incidência de uma função resiliente, além da tradicional função de guardião da Constituição. Para tanto, trouxemos a concepção de Zygmunt Bauman para a modernidade líquida, apresentando os traços relevantes da sociedade na qual se insere o direito, que defendemos ser igualmente líquido. A noção de resiliência, em seu âmbito constitucional, foi trazida à tese como fenômeno particular dessa sociedade, uma vez que defendemos que a existência de resiliência constitucional apenas é possível no contexto de modernidade líquida. Para verificar a incidência, no contexto constitucional brasileiro atual, desta hipótese, primeiramente apontamos as funções dos tribunais constitucionais e sugerimos a existência de uma função resiliente. Em seguida, analisamos alguns casos práticos para averiguar a ocorrência de resiliência no STF, sugerindo ao leitor a reflexão a propósito da atuação desse Tribunal face às demandas de nossa sociedade líquida.

Palavras-chave: Direito Líquido – Resiliência Constitucional – Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In this thesis, we discuss the role of the Brazilian Supreme Court (STF) in the contemporary society, establishing its characteristics with the purpose of identifying the incidence of a resilient function in such body, in addition to the traditional function of keeper of the Constitution. Therefore, we brought the thoughts of Zygmunt Bauman towards a liquid modernity, showing the relevant traits of the society in which the law, that we believe to be equally liquid, is inserted. The notion of resilience, in its constitutional framework, was brought to the thesis as a particular phenomenon of this society, since we argue that the existence of constitutional resilience is only possible in the context of liquid modernity. To verify the incidence, in the Brazilian constitutional context, of this hypothesis, we firstly show the functions of constitutional courts and, then, suggest the existence of a resilient function. Finally, we look at some case studies to investigate the occurrence of resilience in the Brazilian Supreme Court, suggesting to the reader reflection regarding the performance of this Court towards the demands of our society.

Keywords: Liquid Law, Constitutional Resilience, Brazilian Supreme Court (“Supremo Tribunal Federal”).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – DIREITO LÍQUIDO? A CONTRIBUIÇÃO DA SOCIOLOGIA DE BAUMAN PARA COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	17
Capítulo I – A CONTRIBUIÇÃO DA SOCIOLOGIA PARA O DIREITO ...	19
O direito vivo de Ehrlich	23
A teoria sistêmica de Luhmann	27
A teoria crítica de Habermas	33
A epistemologia do Sul de Santos	40
Capítulo II – A LIQUIDEZ PARA BAUMAN: DA MODERNIDADE SÓLIDA PARA A MODERNIDADE LÍQUIDA	49
Notas iniciais a respeito de Bauman.....	50
Modernidade em Bauman	53
Liquidez em Bauman.....	71
Liquidez como conceito	74
Liquidez como metáfora	76
Capítulo III – DIREITO LÍQUIDO: A CONTRIBUIÇÃO DE BAUMAN PARA A MUDANÇA DE PERSPECTIVA NO DIREITO	80
Ética e moral para Bauman	82
Norma e ordem para Bauman.....	86
Direito líquido? Liquidez e solidez aplicados ao direito	89
Direito na modernidade sólida	89
Direito na modernidade líquida – traçando características	95
Direito líquido e mudanças no direito	97
Há um marco conceitual do direito líquido?	101
PARTE II – A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL	104
Capítulo I – A RESILIÊNCIA E O DIREITO: COMO O DIREITO PODE MUDAR E PRESERVAR-SE AO MESMO TEMPO?.....	106
Considerações iniciais acerca da resiliência.....	106
Etimologia	107
Resiliência nas ciências físicas.....	108
Resiliência na ecologia e nas ciências do ambiente	109
Resiliência nas ciências humanas: resiliência na psicologia e na administração	112
Resiliência no direito.....	115
Capítulo II – A RELAÇÃO ENTRE RESILIÊNCIA E DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	123
Resiliência constitucional – estado da arte de um conceito inovador	126
A compreensão de Gomes da Silva	127
A compreensão de Dimoulis e Vieira	128
Resiliência constitucional e diálogo com teorias jurídicas contemporâneas..	132
Resiliência e mutação constitucional	142
Nossa compreensão – resiliência constitucional e direitos resilientes	146
PARTE III – O DIREITO LÍQUIDO E A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	151

Capítulo I – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: GUARDIÃO E	
RESILIENTE?	153
Visão geral acerca de tribunais constitucionais.....	153
A construção de um tribunal guardião	154
Ainda há padrões consagrados de tribunais constitucionais?	157
Funções dos tribunais constitucionais	160
Nossa proposta da função resiliente para os tribunais constitucionais .	163
Três justificativas teóricas para se pensar em um tribunal resiliente	166
Democracia deliberativa	166
A responsividade judicial.....	170
Neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo pós-moderno).....	172
O tribunal constitucional brasileiro: aspectos históricos e suas atuais	
características.....	175
As Constituições de 1891, de 1934, de 1937 e de 1946	175
A Constituição de 1988.....	177
Capítulo II – O EMENDAMENTO E A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL	
NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	182
Notas metodológicas para o debate da resiliência constitucional	182
Considerações acerca do emendamento constitucional.....	184
O processo de emendamento: aspectos históricos e suas atuais características	
.....	185
Constituição de 1891.....	186
Constituição de 1934.....	187
Constituição de 1937.....	188
Constituição de 1946.....	189
Constituição de 1967.....	190
Limites da reforma constitucional e a resiliência.....	192
O que as emendas constitucionais indicam?	198
CONSIDERAÇÕES FINAIS	202
BIBLIOGRAFIA.....	210
ANEXOS.....	229

INTRODUÇÃO

O direito contemporâneo vive uma crise de legitimação. Com a destruição da utopia do Estado moderno e seus paradigmas, um dos problemas importantes para a teoria jurídica contemporânea passa a ser a maneira como se justifica o controle social das decisões, principalmente as emanadas pelo Poder Judiciário. Tribunais constitucionais, em especial, devem atentar para as mudanças exigidas pela sociedade, sobretudo para enfrentar as dificuldades do momento histórico em que nos encontramos – denominado por Zygmunt Bauman de modernidade líquida – e efetivar o controle social do direito.

A questão da legitimação, para o direito, está ligada à confiança que os cidadãos estabelecem diante das instituições jurídicas. Nos dias de hoje, verifica-se que a obediência ao poder não decorre mais da previsibilidade e da estabilidade que as leis instituíam anteriormente. Igualmente, a autoridade competente não garante validade ao direito. O cidadão não mais aceita participar da ordem jurídica como um observador externo, como um sujeito imparcial que – de fora – descreve o fenômeno jurídico, não se preocupando em realizar tentativas de correção (pois o direito não precisaria ser corrigido e, sim, conhecido). Hoje, a legitimação não pode ser mais medida ou determinada com base no desempenho funcional do ordenamento jurídico preestabelecido e racional. Em razão dessa mudança, segurança jurídica não pode mais ser entendida como a teoria jurídica hegemônica a compreendeu ao longo do século XX. Deve-se encontrar novas definições e acepções para essa e outras instituições modernas do Estado.

No arquétipo jurídico do Estado de direito, é na constituição que se encontra o elo estruturante entre a sociedade e o direito, possibilitando o fenômeno de adequação do direito às realidades sociais. As normas constitucionais desfrutam de superioridade em relação às demais, ditando o modo de produção e estabelecendo limites ao conteúdo dessas. Portanto, constituições estabelecem diretrizes para que o direito sirva à sociedade como meio de organização, além de serem instrumentos de imposição do poder do Estado e definição de limites. É tarefa da interpretação constitucional a busca incessante de

certeza, no sentido de estabilidade, adequando o direito às realidades concretas em função das quais o direito existe, permitindo que a norma constitucional reflita uma legitimidade dinâmica e mutável, que acompanha a evolução histórica.

Ao mesmo tempo em que o direito exerce a figura moderna da regulação social (realizando almejada estabilidade e previsibilidade), também é compreendido como um instrumento de transformação da sociedade, em razão de sua já citada aptidão e abertura para sofrer mudanças. Esse paradigma é inerente ao conceito contemporâneo de direito e custou a ser consolidado na história do pensamento jurídico ocidental. São as normas constitucionais que, dentro do ordenamento jurídico, expõem esse fenômeno concomitante de regulação e transformação. Isso porque suas principais características são: textura aberta, vagueza dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados, circunstâncias que permitem a comunicação do direito com a realidade concreta, bem como a evolução do sentido do direito – em especial por meio de uma prática social interpretativa.

Para tanto, a compreensão do Estado Constitucional a partir da sociologia ganha especial atenção na medida em que a nova orientação necessária ao direito constitucional não determina apenas o interesse da descrição e sistematização de normas, mas também demanda o entendimento da relação existente entre aplicadores e destinatários da norma jurídica. A sociologia traz elementos interessantes para repensarmos as maneiras de participação e controle do direito, contribuindo para a elaboração de necessárias reformulações no campo interpretativo constitucional.

Antes de chegarmos ao instrumental teórico de Bauman, cujo pensamento se adota como referencial neste trabalho, fez-se necessário abordar brevemente, quatro expoentes da sociologia jurídica que auxiliam na compreensão do direito moderno. Cada um desses pensadores propôs teorias explicativas acerca da função do direito, dos critérios de validade e das regras de interpretação.

A proposta é apontar pontos de continuidade que serão retomados por Bauman, sob outra ótica. A visão empírica-antropocêntrica encabeçada por Eugen Ehrlich é

relevante pois seu pensamento a respeito das relações entre sujeito e objeto busca encontrar o direito nas instituições sociais e não no formalismo das normas. Debruçar-se acerca da concepção sistêmica, sintetizada por Niklas Luhmann, traz ao debate a relação do direito com a sociedade, o que é essencial no contexto jurídico hodierno. A sociologia jurídica da teoria crítica, de Jürgen Habermas, tem sua importância à medida que considera o direito como um elemento racionalizador da interação social – fator relevante para um debate acerca da legitimidade. Por fim, a compreensão pluralista e emancipatória da sociologia do direito – epistemologia do Sul de Boaventura de Souza Santos permite fazer um paralelo direto com Bauman, uma vez que expõe a insuficiência dos pensamentos modernos hegemônicos, revelando que o contemporâneo exige uma nova teoria social que sirva à sua diversidade e complexidade. São nessas relações que os avanços nos estudos da sociologia jurídica são importantes, pois fornecem descrições suficientes para compreender o direito atual e sua interpretação. A obra de Bauman dialoga com os autores citados e avança nas considerações a respeito dos diversos impasses da relação entre o direito e a sociedade contemporânea.

A escolha desses, para além da opção de traçar um histórico das escolas jurídicas importantes, não se deu apenas pelo fato de apresentarem elementos que antecipam temas identificados na obra de Bauman. Suas teses indicam que o cenário contemporâneo exige um repensar de conceitos, desenvolvendo condições para que o direito se transforme. As propostas de resiliência no direito e de resiliência constitucional são perspectivas que colaboram para um processo maior de mudanças de paradigmas.

Feitas essas considerações a propósito das visões da sociologia jurídica, traremos à tese o pensamento de Bauman. Este autor contribui para pensarmos os desafios do direito brasileiro contemporâneo, em especial na resiliência constitucional. O sociólogo é quem significativamente pondera a propósito do senso de convivência em comunidade no limiar do milênio. Sua pesquisa participa diretamente dos debates a respeito de impasses à condição atual, refletindo acerca do poder disciplinar do Estado e como esse promove o controle social. Seu pensamento é relevante, também, por debater a questão da soberania em face da liquefação da sociedade, fenômeno contemporâneo que ele descreve junto à ideia de modernidade líquida, conceitos que serão devidamente

analisados no capítulo II da parte I. Paulatinamente, Bauman tem sido inserido nas leituras críticas de vários discursos jurídicos nas principais academias de direito deste país¹. Entretanto, pouquíssimos são os trabalhos jurídico-acadêmicos, como dissertações ou teses, que tratam da relação entre sua teoria e o direito.

A obra de Bauman descreve novas formas de pensar as relações humanas, e, em especial, as relações de poder. O autor desenvolve metáforas sobre a transformação social, dentre as quais se destacam sociedade e modernidade líquidas. Esta representa uma perspectiva fluida, de adaptabilidade às situações e de enfrentamento dos desafios da sociedade contemporânea.

A liquidez é importante a Bauman pela propriedade de não fixação no espaço, e de não se prender no tempo. Faz necessária oposição ao sólido, inerente às instituições sociais modernas pré-estabelecidas (Estado de bem estar, família, relações de trabalho, entre outras), de ordens rígidas e estanques. Para o autor, na modernidade fluida, vive-se a ascensão de projetos individuais, em declínio dos coletivos, e de instituições sólidas tradicionalistas.

Para esse sociólogo, a modernidade líquida é o momento em que a sociabilidade humana experimenta uma transformação que pode ser sintetizada no enfraquecimento dos sistemas de proteção estatal às intempéries da vida, gerando um ambiente de contingência, incerteza, imprevisibilidade e instabilidade permanentes.

É no cenário de modernidade líquida que se deve refletir a respeito da possibilidade social do direito e o papel da constituição ante esse novo paradigma. Esta tese visa pensar o fenômeno constitucional contemporâneo no recorte sociológico proposto por Bauman. Trata-se de investigar o sentido do direito como prática social. O

¹ Destaco que *Vidas desperdiçadas* e *Globalização* foram, em 2008, leitura obrigatória, respectivamente, dos cursos de graduação de filosofia do direito e direito constitucional da PUC/SP, ministrados pelos Professores Drs. Sílvia Pimentel e Luiz Alberto David Araújo.

desafio é estabelecer as conexões necessárias entre o conceito axial da pauta de estudo de Bauman, a liquidez, e o direito constitucional.

Admitir o direito como uma prática social é afirmar que os instrumentos jurídicos nunca serão determinados e fechados, vez que suas potencialidades jamais serão esgotadas: estão sempre se refazendo e apontando na direção da justiça. A constituição é, por natureza, dinâmica e distinta de outras normas, pois nela há uma correlação intrínseca entre a política e o direito. Uma das evidências é a prevalência da linguagem comum face à linguagem técnica, o que influencia, inclusive, a interpretação constitucional.

Nesse panorama, surge a dúvida se de fato os intérpretes judiciais podem valer-se das demandas sociais na atribuição de sentido à constituição. Por outro lado, questiona-se quais os instrumentos para o controle social das tomadas de decisões nos tribunais.

É essencial pensar o estado atual do direito constitucional diante da modernidade líquida que tem causado diversas mudanças contemporâneas e introduzido novos desafios à sociedade. De que forma a crise do paradigma moderno afeta o direito e, mais especificamente, a constituição? Há mudanças operadas nesse universo constitucional?

O processo de liquidez da sociedade vai de encontro com a teoria da resiliência constitucional. Como veremos, o conceito de resiliência trata da capacidade de resposta e tolerância de um objeto de retornar ao estado inicial após sofrer uma carga ou tensão (como, por exemplo, ao ser dobrado ou esticado). Interessante notar que uma das habilidades próprias de pessoas resilientes é, na língua inglesa, a capacidade de *bounce back* – saltar para trás (retornar, voltar, recuperar), após encontrar uma dificuldade. Essa faceta de resiliência é pouco tratada no direito.

Esta tese propõe que se compreenda resiliência no direito como um atributo que permite a reestruturação do ordenamento jurídico após alguma modificação, referindo-se aos mecanismos de atualização do direito de modo geral. É possível identificar a resiliência na atuação legislativa, judicial e executiva. Todas, em graus diferentes, conforme o respectivo desempenho e alcance de suas funções, provocam certa alteração

normativa, seja legal ou infralegal. Essa alteração certamente pressupõe não apenas uma modificação no ordenamento, mas o caminho para um novo equilíbrio.

No direito constitucional, resiliência tem o sentido de chamar a atenção para a sua capacidade de sofrer alterações mas, mesmo assim, resguardar seus princípios e cláusulas pétreas. Em outras palavras, a capacidade de enfrentar situações difíceis e que exigem flexibilidade, construindo soluções sem que se abandone paradigmas, normas e valores considerados fundamentais à sociedade e ao direito.

Mudanças constitucionais devem ser vistas como desejáveis, pois significam que o direito está aberto às demandas e alterações no bojo social. O convívio em sociedade, em um Estado Constitucional, pressupõe a ordem como regra geral, e a norma como instituidora dessa ordem. Nesse sentido, a resiliência constitucional reflete de maneira adequada este cenário, e, ao mesmo tempo que garante a previsibilidade esperada do direito, regula e organiza os anseios sociais, aos quais o direito deve sua legitimidade. Isso porque a reforma constitucional se revelou ao longo dos anos mais ampla do que aquela prevista a partir de uma perspectiva normativista hegemônica.

Para nossa tese, a resiliência constitucional é uma exigência de cunho político-jurídico e também social. Focamos, aqui, na atuação judicial. Um tribunal caracterizado como resiliente pressupõe o significado da transformação da interpretação constitucional diante de circunstâncias específicas. Após abordadas as premissas teóricas que mencionamos, discutiremos, por meio da análise casuística, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como elemento garantidor da segurança jurídica e filtrador das demandas da sociedade. Como tribunal constitucional, defende-se que o STF, para além da função de aplicar e defender a constituição, pode assumir a qualidade de ser resiliente, buscando atender aos anseios sociais, mantendo a integridade que se espera do direito.

O trabalho está organizado em três eixos principais. A Parte I aborda a contribuição da sociologia de Bauman, notadamente a liquidez, para o direito contemporâneo, com vistas à construção da noção de direito líquido. Intencionamos, assim, fornecer respostas para as seguintes perguntas: *quais são as premissas*

sociológicas para a compreensão do direito líquido?, qual o cenário de modernidade em que se insere o direito? e é possível falar em direito líquido?.

Após a delimitação desse referencial teórico, a Parte II apresenta a resiliência constitucional. Neste ponto, desenvolvemos, a partir das noções de resiliência para outras ciências, o conceito de resiliência no direito, e a nossa proposta de resiliência constitucional. As colocações que norteiam esta parte são *o que é resiliência no direito?, o que entendemos por resiliência constitucional?, e qual a relação entre direito líquido e resiliência constitucional?.*

Finalmente, a Parte III enfrenta o direito líquido e a resiliência constitucional no STF, apresentando uma casuística para discutir e observar, na prática, como a temática da resiliência constitucional se configura em nosso país. Acredita-se que a pesquisa jurisprudencial temática complementa as partes antecedentes a fim de esclarecer os desafios atuais da resiliência constitucional e seu emprego em casos concretos. Para tanto, indagamo-nos *quais as características de um tribunal constitucional?, um tribunal constitucional pode ser interpretado como resiliente? e é possível conceber o STF como um tribunal resiliente?.*

PARTE I – DIREITO LÍQUIDO? A CONTRIBUIÇÃO DA SOCIOLOGIA DE BAUMAN PARA COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

No capítulo I desta parte, abordamos quatro visões da sociologia jurídica que dialogam com o pensamento de Bauman. O objetivo é reunir ideias de autores que são, em outra ótica, desenvolvidos por Bauman, pontos estes importantes nas interfaces entre o direito e a sociedade atual para assim auxiliar a investigação do que seria um direito líquido. Assim, temos Ehrlich como o expoente da visão empírica-antropocêntrica, que, focando na relação sujeito-objeto, tem o intuito de deixar de lado o formalismo das normas, buscando o direito nas instituições sociais. Luhmann é o autor da visão sistêmica da sociologia jurídica, para a qual é importante debater a relação entre direito e sociedade, dado que um é construído com influências do outro. A terceira visão estudada é a da teoria crítica, simbolizada, neste trabalho, por Habermas. Nessa, o direito configura-se como elemento racionalizador da interação social, essencial para a questão da legitimidade. A quarta visão que contribui para a discussão proposta nesta tese é a de Santos, denominada epistemologia do Sul (ou pluralista e emancipatória). Ela nos permite um paralelo mais direto com a teoria de Bauman, dado que ilustra como as teorias modernas hegemônicas são insuficientes, chamando atenção para uma nova teoria social que se encaixe em uma realidade de complexidade e diversidade.

Tais visões da sociologia jurídica têm fundamental importância, uma vez que colaboram para a compreensão do direito e sua relação com a sociedade contemporânea, tarefa que também desenvolveremos ao adotar conceitos de Bauman para a construção de nosso pensamento a respeito da resiliência constitucional no bojo da sociedade brasileira de hoje. Os autores escolhidos trazem conceitos que enfatizam a necessidade de repensar uma valorização excessiva, e quase única, do texto legal positivado. Portanto, as ideias registradas neste capítulo indicam que o cenário contemporâneo exige não só uma

resiliência do direito e do direito constitucional, mas também dos juristas, bem como inserção da realidade na modernidade líquida.

O capítulo II dedica-se a explorar a ideia chave para Bauman de “liquidez”. A obra desse sociólogo descreve novas maneiras de pensar as relações humanas, e, em especial, as relações de poder. Em uma tentativa de compreender as mudanças de papel e a atual situação da sociedade, trabalhamos a noção que o autor desenvolve acerca da modernidade e de suas duas fases, adjetivadas como sólida e líquida. A partir dessa leitura, apresentamos a razão de Bauman optar pela expressão liquidez, trazendo definições e características desta, em busca de uma resposta por que o termo liquidez situa-se em sua teoria ora como conceito, ora como metáfora.

No último capítulo desta parte, enquadrámos e situamos, no direito, as ideias de Bauman. Apresentamos a ideia de direito líquido, na qual os conceitos de liquidez e solidez são aplicados ao campo do direito. Essa proposta é importante pelo fato de que toda a mudança social identificada e relatada por Bauman exige revisão de conceitos, para que o direito avance e tenha coragem ir além dos discursos da dogmática tradicional.

Capítulo I – A CONTRIBUIÇÃO DA SOCIOLOGIA PARA O DIREITO

Ao responder a indagação de qual a contribuição mais específica que podem os juristas receber da sociologia, José Reinaldo de Lima Lopes é taxativo ao afirmar que é, sem dúvida, a crítica ao “senso comum”. Trata-se de um aporte para que o direito se desembarre dos grilhões dominantes de uma concepção normativista, que se mostrou insuficiente ao longo da história². Assumindo essa necessidade como pressuposto para a presente tese, antes de abordarmos os desafios de uma noção complexa do direito, deve-se preliminarmente apresentar ideias da sociologia que rompem com esse senso comum e que trazem elementos sócio-culturais que discutam a interface entre o direito e sociedade hodierna.

Entre as possíveis definições de sociologia do direito, encontra-se o estudo, teórico ou empírico, da maneira pela qual a sociedade condiciona e cria o direito. Há também a definição da disciplina cujo objeto principal consiste em desenvolver os conhecimentos a respeito dos fundamentos da ordem jurídica (TREVES; ARNAUD, 1999). Estudar a sociologia jurídica possibilita a articulação das teorias sociais com as jurídicas, contribuindo para uma possível superação das deficiências das teorias jurídicas tradicionais, permitindo assim a construção de soluções. A sociologia jurídica é instrumento importante para o questionamento acerca da legitimação das decisões judiciais, em especial do STF e seu respectivo controle social do direito.

² Em suas palavras: “[e]sta concepção normativista é insuficiente. Tem seu limite sobretudo porque não mais perquiriu em que consiste a normatividade, satisfazendo-se com a explicação de que uma lei é uma lei, uma ordem é uma ordem, desde que provenha da autoridade. A investigação das relações entre sistema jurídico e sociedade, por seu turno, aponta para novas e diversas perspectivas dentro da teoria geral do direito e da filosofia do direito. Aponta-nos também diversas indicações teóricas na própria sociologia” (LIMA LOPES, 1997, p. 189).

Estabilidade e previsibilidade não são facilmente asseguráveis pelo direito no complexo cenário contemporâneo, não podendo constituir-se em motivo para confiança e obediência aos poderes – em especial ao Judiciário. A especificidade da sociologia contribui para o enfrentamento do tema da legitimidade. A obra de Bauman repensa e questiona os conceitos de previsibilidade e estabilidade. O sociólogo reiteradamente questiona o projeto moderno de previsibilidade e estabilidade, discutindo o ideal de Estado³ construído ao longo da história, colocando em cheque o modelo desenvolvido na modernidade de predeterminação em sua crítica do contemporâneo.

Nesse sentido, o fenômeno da ascensão do direito constitucional acabou por amortizar sensivelmente a supremacia da legalidade independente de conteúdos e “pura”, própria dos moldes positivistas (PALOMBELLA, 2005, p.342). Viveu-se, na história do direito, a passagem do Estado de direito ao Estado constitucional⁴, no qual as constituições – cartas que, para além de documento político definidor de normas de governo, registram princípios, direitos subjetivos, civis, políticos e sociais – passaram a ser aceitas como textos normativos e vinculantes, não necessariamente dependentes de concretização legislativa infraconstitucional. O dogma da rigidez formal do direito revela-se como mito, pois a materialização e a concretização do direito acabam por exigir adequações aos casos concretos.

Esse fenômeno é identificável, também, no Brasil. Após mais de duas décadas, desde a promulgação da Constituição de 1988, é possível constatar a ampliação do rol de direitos no ordenamento brasileiro. Basta considerar temas como o mínimo existencial e

³ A ideia de Estado de direito tem uma referência em Max Weber, que definiu o Estado como um poder legal-racional que garante submissão dos cidadãos expressando-se por meio, e nos limites, da legalidade. O conceito weberiano afasta-se de concepções pré-modernas de poder tradicional-carismático, para as quais inexistia a separação entre direito e moral. Para ele, a autonomia do direito em relação à moral decorre de aspectos estruturais e funcionais do direito e do Estado, livres de juízos de valor (WEBER, 1999, p. 67 e seguintes). É a legalidade – entendida como decorrente de regras previamente definidas que regulam, de modo geral e abstrato, os comportamentos dos indivíduos e do Estado – que assegura previsibilidade e certeza ao direito, possibilitando o projeto moderno de estabilidade e de segurança. A utopia legalista encontra-se aqui na certeza de que se trata de um modelo perfeito e insuperável, pautado na racionalidade científica que possibilitaria sua plena cognição universal.

⁴ Para tanto, ver o segundo capítulo de *El derecho dúctil* (ZAGREBELSKY, 1999).

a reserva do possível dos direitos sociais e econômicos, a regulação no direito administrativo e, ainda, o precedente e a repercussão geral no direito jurisprudencial.

É nessa relação entre novos direitos que os avanços nos estudos da sociologia jurídica são importantes, pois fornecem descrições suficientes para compreender o direito atual. Ehrlich e Luhmann são autores que nos trazem esses diferentes tipos de descrições. Já Habermas, ao discorrer acerca das funções sociais do direito, apresenta-o como elemento racionalizador da interação social. Santos, entre outros autores, oferece, a partir da segunda metade do século XX, concepções sociológicas que valorizam as mais variadas gamas de experiências humanas⁵, questionando o sucesso do projeto de modernidade e expondo a necessidade de uma nova teoria social que descreva o contemporâneo – em sua diversidade e complexidade. Cada um desses autores traz conceitos que enfatizam a necessidade de se repensar o discurso dos juristas que priorizam e valorizam excessiva e exclusivamente o texto legal – como esta tese propõe com o direito líquido e a resiliência constitucional.

Em uma breve visão geral, inicialmente, o pensamento de Bauman teve como influência direta⁶ o trabalho de três autores: Karl Marx, Antonio Gramsci e Habermas (BAUMAN, 2011a; SMITH, 1999). De Marx, ele se vale da ideia central de que, para compreender o mundo, é necessário desprender-se da cosmovisão capitalista, pois, ao superar a alienação, os seres humanos retomam o domínio sobre o mundo. Já de Gramsci, toma como base a percepção de que o capitalismo tem uma fundação cultural, que assegura sua vitalidade e resiliência, vez que a ideologia capitalista está devidamente

⁵ Santos desenvolve uma sociologia das emergências, ligada a sua proposta de uma ciência pós-moderna, como registrado em *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social* (2007). Neste trabalho, o autor apresenta uma proposta para a reinvenção da emancipação social nos países periféricos, que vivem nos últimos tempos perdas de direitos e de possibilidades futuras. Para tanto, deve-se superar as monoculturas do saber científico, as compreensões de tempo linear, da naturalização das diferenças, da escola dominante (centrada no universalismo e na globalização) e da produtividade mercantil do trabalho e da natureza, por meio da *sociologia das ausências* e na *ecologia dos saberes* (idem).

⁶ Para um trabalho a propósito das influências recebidas por Bauman, especificamente a influência do marxismo, ver *Conceito de ética na contemporaneidade segundo Bauman* (SILVA, 2013).

infiltrada na sociedade civil (SMITH, 1999)⁷. A terceira maior influência no pensamento de Bauman nessa fase inicial é a da filosofia de Habermas, um dos precursores da renovada teoria crítica. Fato é que Bauman não pode ser identificado com a teoria crítica *stricto sensu*, mas é inegável reconhecer sua proximidade com ela e, sobretudo, com os problemas da modernidade diagnosticados por Habermas. É nesse mesmo contexto que Bauman, com instrumental próprio, também os trabalha e avalia segundo a questão da integração social.

A partir da década de 1980, Bauman aproxima-se das filosofias de Michel Foucault, Theodor Adorno e Emmanuel Lévinas, paulatinamente substituindo as referências intelectuais de Marx, Gramsci e Habermas. Da obra de Foucault, Bauman analisa detalhadamente sua interpretação do Panóptico, de Jeremy Bentham. Bauman constrói a tese de que a modernidade capitalista tem características similares às aquelas observadas por Foucault a respeito do Panóptico, imbricando-se na consciência dos cidadãos. A noção de hegemonia, antes presente em Bauman por influência de Gramsci, é substituída aos poucos pela de disciplina, proveniente de Foucault. Adorno passa a ocupar o papel anteriormente atribuído a Habermas, com Bauman abrigoando a proposição de que a ingenuidade dos seres humanos lhes protege dos riscos e da perversidade da vida, e cabe aos intelectuais (*outsiders*) aceitar a situação de não serem bem recebidos, ou envolverem-se na luta pelas suas ideias. Bauman, a partir disso, encontra uma terceira

⁷ Bauman reflete acerca da importância de Marx e Gramsci para seu desenvolvimento intelectual: “[p]ara resumir, devo a Gramsci, minha ‘dispensa honrosa’ da ortodoxia marxista. Não lamento os anos de fascinação pelas ideias de Marx. Aprendi com ele ou fui por ele inspirado a desenvolver as estruturas cognitivas e avaliativas que espero ainda serem minhas até hoje: o desprezo por todas as formas de injustiça socialmente produzidas, o desejo de expor as mentiras em que se tende a enredar e, assim, ocultar, a responsabilidade social pela miséria humana e a inclinação de suspeitar de um erro sempre que se considere ou justifique a imposição de um torniquete sobre a liberdade humana. Creio que foi por intermédio de Marx que cheguei à minha crença na infinita e perpétua incompletude do potencial humano. Se houve desencanto foi com a forma ossificada que se deu à versão vulgata ‘oficial’ do marxismo e, mais que qualquer outra coisa, com a proibição oficial de se aplicar a crítica marxista ao ‘socialismo real’, com a eliminação ou depreciação do núcleo e da fonte éticos dos ensinamentos marxistas. De forma paradoxal, Gramsci me salvou de me tornar antimarxista, como ocorreu com tantos outros pensadores desencantados, jogando fora no caminho tudo que era e continua sendo precioso e típico no legado de Marx. Li boas-novas nos *Cadernos do cárcere* de Gramsci: havia uma forma de salvar o núcleo ético, assim como o potencial analítico que eu não via motivos para descartar da carapaça rígida em que ele fora encerrado e reprimido” (BAUMAN, 2011a, pp. 35-36).

posição: o diálogo livre e aberto. Finalmente, Lévinas, em certa medida, assume a atribuição de Marx: ainda que foque no indivíduo e não na classe proletária como um todo, esse indivíduo se vê vazio, e o desafio está em tornar a moral o início de tudo (SMITH, 1999).

Na sequência são apresentadas as quatro visões sociológicas selecionadas. São autores que buscam assinalar mudanças para que a sociedade plural não se torne caótica nos dias de hoje.

O direito vivo de Ehrlich

A sociologia pode ser apresentada esquematicamente como uma descrição dos fatos sociais a partir de uma concepção ontológica e gnosiológica das ciências sociais. O conhecimento científico é estabelecido a partir da distinção entre sujeito e objeto, na qual a relação entre o sujeito e o conhecimento pressupõe uma necessária seleção pelo sujeito e, por assim dizer, sempre há a produção de um conhecimento relativo – como uma aproximação da realidade. São seleções do sujeito sobre o objeto.

Isso repercutiu *grosso modo* em duas posições na sociologia⁸. Primeira, uma sociologia como tábula rasa dos fatos observados à luz das ciências da natureza, aproximação, por exemplo, de posições clássicas como Auguste Comte e Émile Durkheim. A segunda – em contraposição à primeira – uma sociologia “engajada”, que sustenta que o sujeito seleciona fatos que são pertinentes para outros propósitos para além

⁸ Em *What is the case? And what lies behind it? The two sociologies and the theory of society* (1994), Luhmann e Fuchs também se referem às duas posições historicamente consolidadas na sociologia, respectivamente: a positivista – que impulsiona a busca pelas estruturas latentes, sobretudo com a pesquisa empírica – e a teoria crítica – que produz os diagnósticos de época para o desenvolvimento da sociedade. Para os autores, o problema é a tentativa de produzir uma teoria unificada da teoria social positivista/crítica, pois a posição positivista é contrária à posição crítica (e vice versa) – o que abre espaço para o desenvolvimento de uma outra teoria baseada em paradoxos, a visão sistêmica. A presente tese refere-se às duas posições enquanto uma sociologia como tábula rasa (positivista) e outra como “engajada” (crítica).

da descrição, aproximação atribuída aos trabalhos de Marx e Weber. Em ambas as posições, prevalece uma distinção entre aquele que descreve e aquilo que é descrito, variando o envolvimento do sujeito com o objeto – ora como realidade, ora como conceito, o objeto é algo distinto do sujeito, mas construído a partir dele. Há duas etapas envolvidas: a construção de uma teoria explicativa dos fatos observados e a sua aplicação.

Essa visão – com suas variações – contribuiu para a formação e a consolidação da sociologia jurídica⁹, sendo possível observar algumas ressonâncias nos escritos de Ehrlich – considerado um dos precursores da disciplina, no início do século XX, como Roscoe Pound afirma: “[a] aproximação de Ehrlich sobre o direito, em contraposição à visão metafísica e histórica da teoria do direito do século XIX, ocorre a partir das relações, dos grupos e das associações, ao invés de indivíduos abstratos” (EHRlich, 2009, p. XIV).

A visão de Ehrlich é uma descrição empírica-antropocêntrica do direito, na qual sustenta uma descrição causal dos fatos. A ideia central nos seus escritos está relacionada à constatação de que o direito depende de um reconhecimento social, pois toda e qualquer associação humana necessita de normas de conduta. Nesse sentido, o direito é uma norma social de conduta não restrita aos textos e às prescrições legais¹⁰. Ela diferencia-se das demais normas por derivar dos fatos jurídicos, tais como a posse e as declarações de vontade.

Os direitos são exigíveis pelo próprio fato social envolvido. Por exemplo, o cumprimento de contrato explica-se pelo fato de que, nas associações, ele é normalmente

⁹ Hubert Rottleuthner (1988) indica que as origens da sociologia jurídica se confundem com as da sociologia, indicando referências desde Montesquieu até os autores clássicos (Marx, Durkheim e Weber). Nesse sentido também ver ROJO, AZEVEDO, 2005.

¹⁰ Ponto importante na compreensão sociológica de Ehrlich sobre o direito é a diferenciação que faz entre norma jurídica e prescrição legal. Enquanto, para o autor, a prescrição legal é a formulação precisa necessariamente ligada ao preceito previsto em lei, a norma é um comando legal, mais vinculado à prática e ao caso concreto. Uma prescrição legal em um caso concreto daria origem a normas jurídicas. Completa o autor: “[s]abe-se que em todas as sociedades há um número muito maior de normas jurídicas do que de prescrições legais; sempre há muito mais direito que é aplicável a casos individuais do que aplicável a todas as relações de tipo semelhante” (2009, p. 38).

cumprido na realização de negócios. O que Ehrlich destaca é que é a realidade social que casualmente constitui o direito para disciplinar as diversas associações humanas¹¹. Trata-se do Direito Vivo, um direito para além da prescrição legal, aquele praticado pela sociedade, nos usos e costumes, que independe de qualquer ordem estatal ou de qualquer tipo de sanção.

É possível perceber, assim, que o conceito de direito é apresentado como um fenômeno social, relacionado diretamente aos fatos sociais. Nessa visão, interessa sobremaneira a descrição das causas que determinam de que forma a sociedade e os seus comportamentos são disciplinados pelas normas sociais. Uma descrição nesses moldes perpassa pelas diferentes relações sociais que são estabelecidas nas associações humanas.

É nessa perspectiva que se admite, por exemplo, a abertura do direito para a compreensão de programas finalísticos. Seria possível descrever uma aplicação de agendas econômicas pelos juízes ou um debate de argumentos políticos ou de tradições locais em juízo. Afinal, em tese, qualquer tipo de relação social pode se transformar judicialmente em direito, quando se decide com base nos usos e costumes.

A compreensão de Ehrlich a propósito dos tribunais abrange a ideia de que a decisão acerca de determinado fato acontece movida pela tradição ou pelos prognósticos, independentemente da utilização dos textos e prescrições legais. Sustenta o autor que tribunais são originariamente órgãos da sociedade, e não necessariamente órgãos estatais. Assim, podem fundamentar suas decisões a partir de normas de decisão advindas também dos usos e costumes¹². Também por este ponto evidencia-se a relevância do estudo de

¹¹ O conceito de associação humana é central na obra de Ehrlich. Basta verificar a sua definição de sociedade como “uma soma total das associações humanas, que possuem uma relação” (2009, p. 26) e, assim, toda e qualquer observação da sociologia a respeito do direito deve pressupor uma questão de associação.

¹² Diz o autor: “[t]oda norma de decisão é, portanto, baseada essencialmente nessa ordem interna, isto é, os fatos do direito, que criam a ordem; nos usos, que atribuem a cada indivíduo sua posição e sua função na associação; e nas relações de domínio e posse, contratos, estatutos, disposições testamentárias” (2009, p. 123).

Ehrlich para a presente tese, que almeja tratar da legitimação das cortes constitucionais perante a sociedade.

Ehrlich estava à frente de seu tempo¹³, pois antecipou muitas questões importantes para a sociologia jurídica, tais como as ideias de “direito além do direito”, “pluralismo jurídico”, “direito sem Estado” e “ordem sem direito” (NELKEN, 2009). Também defendeu uma autonomia metodológica da sociologia jurídica¹⁴, todos temas que só ganharam destaque no final do século XX.

Todavia, sua posição visionária provocou críticas, notadamente em relação à polêmica entre ele e Hans Kelsen. A sua visão “incremental” (FREBBRAJO, 2010) significa indistinção entre normas jurídicas e fatos. Kelsen critica Ehrlich defendendo que a tese deste apresenta um conflito em seu pensamento, entre validade das normas e eficácia. O resultado é uma psicologização da sociologia jurídica, afinal, para Kelsen, o motivo pelo qual as normas jurídicas são observadas não é objeto de uma dogmática ou teoria do direito (ciência do direito, para usar o termo positivista) e nem sequer decorre de fatos sociais. Ao contrário, toda e qualquer norma jurídica só é válida se imposta e aplicada pela autoridade estatal. Dessa forma, o direito não pode ser considerado um fenômeno social, mas um conjunto de proposições jurídicas válidas, possuindo, portanto, um caráter exclusivamente normativo e contrafático. Segundo a crítica kelseniana, o direito não pode ser identificado com a economia nem com a política. Retomando o exemplo dos contratos, a obrigatoriedade jurídica não provém da realização de negócios nas associações, mas da validade do ato perante o ordenamento – *pacta sunt servanda* –,

¹³ Nesse sentido diz Klaus Ziegert, na nova introdução para a obra de Ehrlich: “Ehrlich pode ter estado à frente de seu tempo, e isso acrescenta uma qualidade quase profética ao seu trabalho, que pode apenas ser plenamente apreciado nos dias de hoje. Obviamente, a radicalidade inflexível de seus argumentos dificulta sua aceitação plena à sua época” (2009, p. XXXIX).

¹⁴ A respeito desse ponto é interessante constatar, segundo Ziegert, uma preocupação prática nos escritos de Ehrlich para superar o isolamento provocado pela positivação do direito. A metodologia sociológica do direito propõe renovar os trabalhos dos advogados: “sociologia é vista aqui como uma extensão necessária e prática à razão jurídica. A sociologia deve resgatar o elo social do direito da invisibilidade relegada pelos advogados no desenvolvimento do direito positivo” (2009, p. XXIX).

que obriga o cumprimento dos comportamentos entre os contratantes, pois, caso contrário, sanções igualmente válidas são aplicadas pelo Estado. Em síntese, o que Kelsen denuncia é uma confusão entre ser e dever-ser na obra principal de Ehrlich¹⁵, vez que ele causa embaraço entre sociologia jurídica e teoria e dogmática do direito.

Não obstante as críticas e a insuficiência do pensamento de Ehrlich para a compreensão do direito, é importante trazer sua teoria para o presente trabalho vez que defende que a ciência jurídica dá demasiado destaque à prescrição jurídica, centralizando suas análises na interpretação e na aplicação das leis. É ele quem adverte, com sua teoria de Direito Vivo, que o campo de investigação do cientista do direito é muito mais amplo. Ehrlich propõe que o direito não seja captado somente nas normas oficiais, e sim nas relações concretas, no agir humano que nem sempre tem como referência as normas estatais postas. Trata-se de método indutivo de estudo do direito, pois por meio da observação dos fatos e da coleta de experiências é que se entende o direito. É essa ideia que, posteriormente, influenciaria o pluralismo jurídico, ao qual Santos se alinha para superar a concepção hegemônica de direito.

Conclui-se que, segundo Ehrlich, o trabalho do jurista é pesquisar a regulamentação e suas consequências jurídicas. De certa forma, é o que nos propomos ao trabalhar com Bauman junto ao direito. Ao tomarmos a proposta de Ehrlich de que as fontes para conhecer o direito são mais do que o estudo dos documentos jurídicos modernos, mas também a observação direta dos fenômenos culturais, podemos efetuar a análise do direito pela ótica da descrição e crítica de Bauman acerca do cenário político-cultural contemporâneo.

A teoria sistêmica de Luhmann

¹⁵ *Fundamental Principles of Sociology of law*, 2009.

A sociologia jurídica sistêmica observa o direito como um subsistema social autorreferencial, ou seja, que descreve a si mesmo. Rompe-se aqui com os fundamentos da visão anterior, já que não se pressupõe a descrição como uma construção ontológica e gnosiológica, advinda da distinção entre sujeito e objeto. No caso do direito, há ainda uma nítida distinção entre sociologia jurídica e dogmática, uma vez que aquela se preocupa em observar a operação do direito e não prescrevê-la.

Do ponto de vista metodológico, a visão sistêmica apresenta importantes premissas em razão do seu construtivismo radical¹⁶. Podemos citar o fato de que o sujeito é observador de si mesmo e constrói a realidade, que é uma variedade de observações. Luhmann acentua que o direito é direito, ou seja, independe se é compreendido pela sociologia, filosofia ou dogmática. Por fim, ele destaca a existência de uma unidade operativa nas descrições, já que não se diferenciam o plano analítico, próprio da construção da teoria, do empírico, próprio da aplicação da teoria, pois, ao mesmo tempo, o indivíduo é observador e observado (auto-observação). Com isso, analítico e empírico autoimplicam-se, não aceitando relativizações e não operando a partir da causalidade, pois admitem a contingência e a autonomia em cada autodescrição do sistema.

Luhmann é o sociólogo precursor da teoria dos sistemas fechados-abertos. Para uma visão sistêmica, a possibilidade de apreender a complexidade de sociologias especializadas, tal como uma sociologia jurídica (subsistema social), provém de uma macroteoria sobre a sociedade (sistema social), que, simultaneamente, contemple e se diferencie dela.

Deve-se lembrar que a teoria sistêmica opera com uma série de conceitos não usuais na sociologia e sua compreensão requer um esclarecimento prévio. Um desses

¹⁶ O construtivismo radical advém da psicologia. Segundo Gustavo Arja Castañon, ele é “defendido por teóricos como Ernst von Glasersfeld, Paul Watzlawick e Heinz von Foerster. O Construtivismo Radical é uma abordagem não-convencional ao problema do conhecimento, que parte do pressuposto que o conhecimento não é nada mais do que uma construção que fazemos com base nos dados subjetivos de nossa experiência. Nós viveríamos somente no mundo que construímos, e não teríamos nenhuma base objetiva para julgar nossas representações ou as dos outros, portanto, viveríamos isolados no mundo de nossas próprias construções” (2005, p. 42).

conceitos é o de diferença, na medida em que a definição de um sistema pressupõe sua diferenciação do ambiente. O sistema é uma diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação capaz de reproduzir a diferença em relação ao ambiente. No âmbito social, por exemplo, a comunicação é operação de diferenciação de outros sistemas e, no caso do direito, subsistema social, trata-se da comunicação especializada: jurídica.

Mencione-se também o conceito de complexidade, que é a possibilidade de relações, pressupondo-se a diferença e a identidade de uma parte, que paradoxalmente depende da existência da outra: “A porque não A” (GONÇALVES, VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 47). Percebe-se, assim, que a identidade do direito é formada pela diferença e é apresentada na sua complexidade como uma reinserção de uma diferença entre sistema e ambiente.

É possível afirmar que Luhmann aceita as teses da separação do direito e da moral e do direito e da política, proximando-se de uma corrente do positivismo. No entanto, em razão da própria ideia de sistema, apresentada como diferença em relação ao ambiente, sustenta uma definição da validade interna ao direito, com base em um critério autorreferencial – o que inviabiliza identificá-lo com a tese positivista baseada no fato social.

O que a teoria dos sistemas do direito faz é radicalizar seus pressupostos a ponto de negar uma regra de reconhecimento da validade do sistema jurídico, que depende de uma remissão externa à eficácia social ou mesmo a uma norma hipotética. É o direito que define sua validade e autodetermina seus conteúdos. Não há causalidade advinda de outros sistemas e nem dos fatos sociais.

Em *What is the case? And what lies behind it? The two sociologies and the theory of society* (1994), Luhmann e Stephen Fuchs afirmam que a visão sistêmica não apenas rompe com a tradição sociológica, mas a supera, ao oferecer um novo instrumental para sociologia. O instrumental sistêmico possibilita uma maior precisão descritiva dos sistemas sociais, já que se ocupa em compreender de que maneira os sistemas

autorreferenciais se descrevem, sem distorções e evitando uma apreensão subjetivista ou excessivamente formalista da sociedade¹⁷.

No caso do direito também há *reentrada* da diferença entre sistema e ambiente e, por isso, Luhmann afirma que a função do sistema do direito é a estabilização das expectativas normativas contrafáticas, isto porque “o direito só é direito, se há razão para esperar que expectativas normativas sejam esperadas normativamente” (2004, p. 158,). Caso não verificasse um código específico para operar o direito, a própria função não seria suficiente para a diferenciação do direito em relação ao ambiente. É o código binário lícito/ilícito que permite realizar uma distinção essencial para o sistema do direito: aquilo que é lícito não é ilícito e, por sua vez, o que é ilícito não é lícito. Embora estável, esse código não garante por si só a reprodução do sistema.

A aplicação do código do direito é determinada por meio dos programas condicionados, que podem variar de conteúdo. Os programas são as produções do sistema do direito que fixam o código, vale dizer, textos legais, contratos, decisões, entre tantos outros – trata-se de uma distinção operada no interior do próprio sistema jurídico¹⁸.

Na operação das estruturas, só os programas condicionados possibilitam a realização da função do direito, que servem como resolução de conflitos ao atribuir os valores lícito/ilícito às situações – a aplicação dos programas segue um esquema de dedução dos fatos (*Se, então*). Segundo essa visão, decide-se com base em condições

¹⁷ Nesse sentido é importante o destaque de Luhmann e Fuchs: “[a]lguns podem suspeitar que a teoria dos sistemas auto-referenciais apenas critica a teoria crítica e construtivamente desconstrói o positivismo. Mas isso significaria subestimar a radicalidade dessa teoria. A resposta da teoria à pergunta ‘qual é o caso?’ é: aquele que está sendo observado, incluindo as observações dos observadores. A resposta da teoria à pergunta ‘o que está por trás dos fatos?’ é: que a observação falha em observar” (1994, p. 137).

¹⁸ Percebe-se, desde já, que os programas, em complemento aos códigos, são essenciais para reprodução do sistema, pois são momentos da própria operação. Luhmann afirma que “a autodeterminação autopoietica do sistema se dá apenas por causa da diferença entre codificação e programação” (2004, p. 193,), e ainda acrescenta que “os programas devem ser adequados para direcionar a alocação dos valores legais e ilegais. E, muito claramente, a função da lei está sempre envolvida no nível de programação” (2004, p. 195). Ao mesmo tempo, a variabilidade do conteúdo dos programas assegura a abertura cognitiva do direito, que, sem alterar o código, assegura no seu tempo as transformações.

estabelecidas previamente no texto legal – opera *ex-post-facto* – já que a autoridade lida com frustrações já ocorridas e asseguradas de maneira contrafática¹⁹. Em outras palavras, o que se destaca é a dificuldade de decisão pelo direito por meio de prognósticos²⁰, sem qualquer implemento de condição.

A impossibilidade do direito operar com base em programas de seu ambiente acontece pois, caso se verificasse essa operação, tratar-se-ia de uma sobreposição de sistemas ou mesmo uma desdiferenciação do direito, já que a reprodução aconteceria por critérios estranhos ao sistema. Nesse caso, inclusive, seria questionável a identificação de um subsistema com o direito. É por isso, por exemplo, que José Correia afirma que relações meio/fim (programas finalísticos) podem se transformar em condições do tipo se/então. Todavia, alerta o autor que isso seria improvável considerando a sociedade moderna, uma vez que significaria a existência de sobreposição entre os códigos da economia e do direito (2004).

Ainda que se admita que exista, em alguns casos, certa aproximação com programas finalísticos no direito – situações às quais se verifica uma argumentação jurídica baseada em dados empíricos ou probabilísticos, por exemplo, nos argumentos do tipo consequencialista ou na interpretação de normas programáticas²¹ –, na verdade, do

¹⁹ A norma jurídica é uma maneira de lidar com as expectativas da sociedade e, por isso, o direito consegue produzir algum grau de segurança em mantê-las, mesmo quando frustradas. Trata-se aqui de fatos já ocorridos e, excepcionalmente, o direito também trabalha *ex-ante* de maneira condicionada – refere-se aqui à possibilidade do direito trabalhar com condições futuras. Com o implemento da condição futura, a obrigação é estabelecida. Não se trata de uma previsão, mas de uma condição futura.

²⁰ Basta admitir como exemplo a complexa articulação e ponderação entre argumentos jurídicos e econômicos. Considerando que muitos juízes não dominam a metodologia econômica, a compreensão e a avaliação dos argumentos econômicos tornam-se uma tarefa complicada para o Poder Judiciário. Afinal, argumentos econômicos não são jurídicos, possuem uma chave de análise empírica e referem-se principalmente às projeções com pretensões científicas para além dos estudos dos mercados, por vezes desconhecidas na área do direito. É possível lembrar da constatação de Posner, que diz: “advogados tendem a ter ideias mais rígidas, estereotipadas dos limites da economia, do que os economistas, em parte porque a maioria dos advogados não está ciente da extensão da economia, ao comportamento não-mercantis” (1987, p. 04).

²¹ Esse argumento é explorado na dissertação de mestrado de Ariane Moraes: “tendo em vista o pretenso planejamento disposto no ato político da lei programática como parte integrante da Constituição, restará ao direito continuar construindo o que ele pode construir, ou seja, comunicação jurídica, e, por isso, norma

ponto de vista sistêmico, também são operações de programas condicionados. Nesses casos, o que se verifica é a redução da condição do programa à situação de uma norma de competência, pois é a autoridade competente quem vai decidir aplicando o código lícito/ilícito por meio de novas semânticas desenvolvidas pela dogmática e teoria do direito.

Percebe-se, assim, que a visão sistêmica, ao contrário da concepção sociológica empírica-antropocêntrica, estabelece uma distinção entre dogmática e sociologia jurídica, e evita uma descrição “imprecisa” do direito, já que a trata sempre como uma autodescrição pelo sistema. Não se fala também em causalidade, já que esta visão se atenta aos limites operativos de cada sistema. Luhmann constrói uma nova arquitetura conceitual a ser aplicada no estudo da sociedade, com base em uma série de elementos de outras áreas do conhecimento, tais como a biologia, a física e a matemática – introduzindo a sociedade como um sistema composto de subsistemas, sendo o direito um deles.

Essa quebra proposta por Luhmann contribui para realizarmos uma leitura do direito com as ideias de Bauman. Como expoente da teoria sistêmica, sua teoria auxilia na construção desta pesquisa de doutorado considerando-se sua harmonia com o contexto globalizado em que o direito atual se insere. É Luhmann quem demonstra que é inegável que o direito está imerso na sociedade. Supera as abordagens tradicionais da sociologia

jurídica sem relação alguma com qualquer futuro previsível ou planejamento” (2009, p. 85). A autora sustenta corretamente que o tempo da norma programática é o presente e, nesse sentido, a resposta programática pelo direito não equivale à resposta dada pela política, sustentando que normas programáticas não podem ser confundidas com questões de política pública. Normas programáticas são programas condicionados como qualquer outro tipo de produção interna pelo direito e a equivocada descrição de uma suposta “politização” do direito não encontra fundamento na teoria sistêmica. Aliás, José Correia destaca a resposta dada pelo sistema político à complexidade criada pela positivação de normas programáticas: “a continuada pressão sobre os tribunais, combinada com a incapacidade do direito de atuar por meio de programas finalísticos, fez com que mesmo as normas programáticas fossem, de algum modo, condicionalizadas e utilizadas como padrões jurídicos. O direito passou, então, a atuar num plano abstrato, ligado à proibição do retrocesso: normas programáticas podem não justificar exigências atuais de prestações por parte do Estado, mas têm a eficácia de impedir a piora do quadro referente a direitos sociais. Se a política pública ocasiona prejuízos à implementação destes direitos, então ela é ilícita” (2014, p. 167).

do direito²², sobretudo a perspectiva de que direito e sociedade deveriam ser pensados isoladamente, como se pudesse haver direito sem sociedade. Com a teoria sistêmica é que se extrapola a separação radical entre direito e sociedade. São esses instrumentais luhmannianos que, junto a outros traçados aqui, colaboram para que se trabalhe o direito em Bauman por meio da perspectiva da sociedade.

A teoria crítica de Habermas

Outra importante visão da sociologia jurídica que deve ser apresentada é o desdobramento da teoria crítica. Compreender as bases e o alcance da teoria crítica não é uma tarefa fácil, sobretudo considerando que ela pode ser abarcada numa concepção ampla inaugurada por uma tradição marxista, na qual Bauman se insere, ou especificamente a partir de um programa interdisciplinar iniciado, na década de 1930, no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt (Institut für Sozialforschung)²³. A teoria crítica pode ser considerada como uma corrente que busca produzir diagnósticos de época. Isso significa dizer que não se limita a descrever a sociedade, mas intenta submetê-la a um exame crítico. Para seus autores, esse exame não se baseia em modelos “idealizados”, aplicados à sociedade investigada a partir de um padrão normativo exterior, mas acontece por meio da identificação na realidade social de potenciais emancipatórios capazes de superar os problemas da modernidade (TERRA, NOBRE, 2008).

²² Trata-se de teses fundamentais das teorias sociológicas clássicas que afirmam que o direito é um epifenômeno das relações sociais dos diversos agentes e seus interesses: indivíduos, classes, corporações, partidos etc. Marcelo Pereira de Mello sintetiza: “[a]s evasivas da sociologia do direito manifestam-se, segundo Luhmann, de pelo menos três modos tradicionais: 1) quando as teorias desviam sua atenção do direito para o jurista, por exemplo, numa abordagem na qual o enfoque recai sobre o papel e a profissão do jurista, e não exatamente sobre o objeto e o método do direito; 2) quando tentam deduzir o direito das decisões e do comportamento de pequenos grupos e órgãos colegiados de juízes (tribunais, por exemplo); ou, ainda, 3) quando se restringem simplesmente ao conjunto das opiniões que os diversos grupos e indivíduos têm a respeito do direito” (2006, p. 362).

²³ Movimento difundido como “Escola de Frankfurt”. Para verificar a crítica ao nome “Escola de Frankfurt”, é possível seguir as observações de Axel Honneth no verbete “Teoria crítica” (1999).

Inicialmente, uma polêmica sociológica deve ser registrada. Luhmann e Habermas, na década de setenta do século passado, representavam escolas sociológicas contrapostas. Habermas, como será visto,

Tomou para si o papel de representante dos sociólogos que não acreditavam na possibilidade de uma observação objetiva dos fenômenos sociais, na medida em que eles participavam da sociedade e, por isso, transportavam consigo o peso de compreensões implícitas e inconscientes da própria sociedade, compreensões essas que distorciam o carácter neutro e objetivo/racional da própria comunicação (HESPANHA, 2009, p. 228).

Por sua vez, Luhmann questionava o idealismo alemão propondo que a sociologia fosse uma mera observação, de segunda ordem, do modo como os sistemas adaptam-se para melhorar a sua eficiência na redução da complexidade. Veja-se que:

A descrição sociológica do direito, proposta pela teoria de Luhmann, expressa uma nítida incompatibilidade com o modelo ‘hermenêutico’ com a estrutura ‘comunicativa’ do direito que a hermenêutica exalta. Ao contrário do modelo ‘jusnaturalístico’ (ao modo de Hurd), o modelo não comunicativo da sociologia do direito de Luhmann está completamente descompromissado no plano da correspondência entre normas e fatos ‘morais’ objetivos, aliás nitidamente centrado na diferenciação funcional entre direito e qualquer pretensão moral (PALOMBELLA, 2005, p. 345).

E a crítica de Habermas ao funcionalismo luhmanniano está exatamente na consideração de que este crê ser possível uma pura observação. Habermas, como Luhmann, também se preocupa com o desenvolvimento da sociedade moderna, embora partam de análises diferentes. Ambos trabalham com a diferenciação dos sistemas sociais em subsistemas, dotados de lógicas internas e de imperativos funcionais. Porém, Habermas “rejeita uma visão pansistêmica da realidade, entendida como um conjunto de sistemas auto-regulados e guiados por imperativos de puro equilíbrio interno” (PALOMBELLA, 2005, p. 356).

Para Habermas, como exposto na sequência, os processos de legitimação não podem ser reduzidos a procedimentos inteiramente formais – como proposto por Luhmann na predefinição do funcionamento do sistema, no qual o direito seria o subsistema que se refere unicamente ao seu próprio código, legal/ilegal –, mas “se

baseiam de fato também em alguma visão de valores aceitos, portanto em hipóteses de justiça” (PALOMBELLA, 2005, p. 357).

Como enunciado ao início desta seção, Habermas é o expoente da teoria crítica em seu desdobramento jurídico. Seu projeto é grandioso²⁴, inclusive reformulando as bases da teoria crítica. Para o propósito deste capítulo, o interesse é indicar a maneira pela qual o sociólogo trabalha o papel do direito nas sociedades modernas. É nesse contexto que Habermas constrói o conceito de democracia deliberativa que será importante no debate do capítulo I da parte III.

Em *Teoria do agir comunicativo* (2012), Habermas consolida uma das principais compreensões de sua filosofia, acerca do paradigma da racionalidade comunicativa e da interação simbólica como espaço para a autonomia do sujeito. Diz o autor que a instauração de processos sociais de reflexões e de crítica baseados no entendimento comunicativo possui uma força transformadora capaz de modificar normas e instituições com fulcro no livre convencimento dos agentes envolvidos (HABERMAS, 2012). Isso traduz o fato que é o entendimento comunicativo que permite a integração social – de maneira não imposta e não violenta – na modernidade, bem como a universalização da lei e da moralidade para além da normatividade tradicional.

Gianluigi Palombella destaca que a chave de leitura e compreensão da proposta habermasiana é a ação comunicativa, que:

É tratada como ação orientada para a compreensão de sentido, para o entendimento entre participantes de um discurso realizado numa situação “ideal”, à qual se tem acesso com iguais oportunidades de expressão, partilhando critérios discursivos comuns, com base na disposição de aceitar a lógica do “argumento melhor” (2005, p. 357).

Em outras palavras, trata-se de um processo de produção de racionalidade a partir da substituição do paradigma da consciência pelo da comunicação, criando-se a

²⁴ Tendo em vista a grande empreitada de Habermas, José Arthur Giannotti comenta: “[p]rovavelmente Habermas é o filósofo contemporâneo que mais se tenha dedicado a traçar um diagnóstico completo de nosso tempo; é como se estivesse pintando um vasto afresco onde tudo pode ser pensado” (1991, p. 7.)

racionalidade por meio da linguagem, e da interação comunicativa apoiada em pretensões de validade, como veracidade da afirmação, correção normativa, autenticidade e sinceridade.

Habermas desenvolve um modelo de sociedade dividida em sistema e mundo da vida. O primeiro, no qual as ações têm significado funcional para a sua reprodução, é compreendido como a combinação dos subsistemas do dinheiro e do poder, no qual se inscreve a racionalidade instrumental. O segundo pertence à esfera das relações sociais, das trocas de significações entre os atores sociais e, sobretudo, da reprodução simbólica, próprio da racionalidade comunicacional e da ação coletiva.

Pode-se, assim, distinguir em Habermas o direito técnico-instrumental em oposição ao direito comunicativo – ainda que para ele isso seja uma abstração teórica para entender a complexidade da modernidade, pois na prática ambos os direitos e as racionalidades estão em constante conflito, sendo uma das marcas da modernidade.

As duas formas de manifestação da racionalização nos indivíduos operam com propósitos diversos, mas são igualmente necessárias para a coesão social, nas palavras de António Manuel Hespanha: “[a]o lado da racionalidade *comunicacional* criada pelo diálogo justo e livre, existe uma outra racionalidade *instrumental*, gerida pelo poder” (2009, p. 183). A racionalização do tipo instrumental deve assegurar a maior eficiência das ações humanas em relação aos seus objetivos; a racionalização comunicacional deve orientar-se para a formação de consensos entre os membros de uma sociedade, de maneira a harmonizar as suas visões do mundo e a permitir uma convivência pacífica e livre (HESPANHA, 2009, p. 181). Verifica-se, assim, uma relação direta desta com a ação comunicativa. Porém, a operação da racionalidade comunicativa está exposta ao risco de ser progressivamente substituída pela racionalidade instrumental.

O problema configura-se no seu diagnóstico quando o sistema invade e “coloniza” o mundo da vida (HABERMAS, 2012), envolvendo a expansão do sistema econômico capitalista e burocrático para além do âmbito da reprodução material e substituindo a própria lógica de entendimento do mundo da vida. Isso ocorre em razão da

complexificação social e da racionalização de demandas sociais, que levam à sobrecarga da possibilidade de comunicação, da linguagem. Nesse sentido, Luiz Repa:

De um lado, o sistema econômico busca, em razão de seus próprios imperativos de auto-reprodução, monetarizar o mundo da vida, quer dizer, transformar as relações sociais do mundo da vida em relações que adotem a forma do dinheiro. De outro lado, o sistema administrativo busca burocratizar todas as relações sociais do mundo da vida, em virtude de seus imperativos de controle social e busca de lealdade da população (2008, p. 164).

A preocupação reside no fato de evitar que a racionalidade instrumental avance na dimensão da vida, por exemplo, impedir que questões práticas a respeito da justiça social tornem-se questões técnicas de manutenção de sistemas sociais ou interpretadas unicamente como manifestações de preferências, sem nenhuma significação. O alerta de Habermas é que a esfera das relações sociais deixe de assentar-se em uma base consensual da comunicação, passando a ser imposta por mecanismos econômicos e burocráticos, que tornem os indivíduos objetos, entregando a outros a ordenação da vida (HESPANHA, 2009, p. 185).

Há nessa constatação de “colonização” uma relação da teoria de Habermas com a de Bauman. Esse problema relatado por Habermas apresenta natureza semelhante ao observado por Bauman quando este discorre acerca do fenômeno contemporâneo da modernidade líquida. Como será visto no próximo capítulo desta parte I, Bauman entende que na modernidade líquida aquilo que era tarefa da razão humana foi objeto de desregulamentação e de privatização, sendo transferido para as “forças de mercado”. A concepção de cidadão foi substituída pela de indivíduo, alterando-se as dinâmicas da cidadania e da política nela fundada. O *locus* da cidadania é suprido por sistemas de adesão, eliminando-se a comunicação, a discussão e o debate, instituindo-se visões alienantes de monetarização e burocratização. Permuta-se o cidadão pelo consumidor/cliente.

A teoria habermasiana encaminha-se para a discussão de novos espaços e processos de resistência compreendidos como redes de comunicação capazes de oporem-

se ao risco do “império” da ação instrumental²⁵ e, ao mesmo tempo, abrirem possibilidades para a expansão dos domínios sociais. Nesse sentido, os movimentos sociais acabam ganhando um destaque especial no projeto de Habermas, afinal representam os potenciais de emancipação, instâncias nas quais os procedimentos discursivos podem realizar-se em transformações políticas relevantes contra a hipótese da colonização do mundo da vida. Essa percepção será revisitada por Santos.

Todavia, se o objetivo é minimizar o risco de dominação da racionalidade instrumental, Habermas precisa enfrentar uma nova dificuldade: como a lógica comunicativa é capaz de influenciar o sistema? Nesse momento ganha destaque no interior da filosofia habermasiana a configuração de uma teoria do direito, uma vez que a estrutura jurídica possibilita o encaminhamento desse problema.

É em *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (1997a e 1997b), que Habermas explica a tensão jurídica estrutural, fruto de sua dupla natureza. O direito não é apresentado como um veículo unilateral de comando da autoridade, nem como um instrumento de dominação política e econômica. Trata-se de uma instância de soluções de conflitos que se reproduz sob uma tensão entre os imperativos do sistema e as demandas do mundo da vida. O fenômeno jurídico é visto como uma integração entre o sistema e o mundo, unindo o mecanismo coercitivo de aplicação da lei (legalismo) com as exigências da racionalidade comunicativa (legitimidade).

Isso pode ser compreendido de outra forma: de um lado, a imanência da norma jurídica tida como instrumento de estabilização de comportamento e garantidor de segurança jurídica e, de outro lado, a preocupação da transcendência jurídica com a sua

²⁵ Hespanha também alerta acerca do desequilíbrio entre as racionalidades nos dias de hoje, mostrando um domínio do sistema sobre o mundo da vida. Em suas palavras: “[n]os nossos dias, com a complexidade crescente das necessidades sociais e com a necessidade de lhes responder com acções, também cada vez mais tecnificadas, do Estado, este conflito estaria a desequilibrar-se no sentido do direito ‘técnico-instrumental’. Ou seja, a vida pública seria dominada não por uma regulação que fosse produto da auto-reflexão gerada pelo diálogo justo e equilibrado, mas pela imposição de soluções geradas pela premência das necessidades e veiculadas por um discurso tecnocrático, incompreensível para os destinatários e, logo, autoritário; que, para além disto, se procura legitimar artificialmente com recurso ao carácter democrático dos Estados contemporâneos” (2009, p. 184).

própria legitimação. E isso é fundamental para a discussão que se propõe na presente tese: em um sentido, como a própria operação do direito, na sua aplicação intrínseca como meio de solução de conflitos; em outro sentido, como a transformação inerente do direito, nas novas interpretações judiciais, alterações legislativas e demandas sociais.

Tal tensão ocorre entre a facticidade (legalismo das normas) e a validade (legitimidade das normas). Ela acontece, segundo Habermas, tanto internamente ao direito, quando da aplicação coercitiva dele, quanto externamente, pela legitimidade com o reconhecimento dos destinatários da norma. Trata-se de um desdobramento do fato que os autores da norma são também seus destinatários.

Toda a dificuldade da modernidade está em equilibrar essa tensão presente no direito (e não em superá-la). O direito é um meio de integração social ambíguo. Relacionado tanto ao mundo da vida quanto ao sistema, ele abre canais para que as demandas provenientes de interações comunicativas alcancem o sistema, muito embora este opere com base no direito para realizar as trocas da racionalidade instrumental.

O que está em questão é a própria circulação de poder em sua dimensão pragmática, isto é, a própria interação dos fluxos e influxos comunicativos tendo em vista a possibilidade de influenciar o funcionamento do sistema. A relação se estabelece entre o sistema com caráter meramente instrumental e o mundo da vida. Nesse sentido, é condição do sistema observar os fluxos comunicativos²⁶ capazes de orientá-lo para os fins das verdadeiras demandas sociais.

No interior da obra de Habermas a pertinência da discussão do direito manifesta-se na preocupação em saber qual o grau de liberdade com que a autoridade estatal lida com os conflitos que lhe são apresentados e, sobretudo, evitar o risco de um possível desvirtuamento para uma ação arbitrária ou forma autoritária, excluindo o controle social

²⁶ Marcos Nobre esclarece a questão: “[a] metáfora utilizada para caracterizar os obstáculos que têm de ser suplantados pelos influxos comunicativos é a eclusa. Nessa metáfora, os influxos comunicativos têm de acumular volume suficiente para se alcançarem o patamar mais alto rumo ao centro de decisão” (TERRA, NOBRE, 2008, p. 25).

e agindo unilateralmente por meio da imposição desregulada da força, os quais se configuram como casos de ilegalidade e de ilegitimidade. É possível afirmar que a teoria crítica do direito busca reconstruí-lo como de fato opera, em contextos específicos, para, então, apresentar suas avaliações. O interesse é desnaturalizar práticas prejudiciais à emancipação imbuídas nas instituições e produzir avaliações contundentes acerca das práticas.

Por todo o exposto, a contribuição de Habermas para a nossa tese é relevante. Além de ser uma das principais influências de teóricos contemporâneos – como Santos e Bauman –, sua leitura a propósito da legitimidade e da teoria do discurso (que por ele também denominada de democracia deliberativa ou política deliberativa) é importante para discutirmos resiliência no direito, pois pressupõe a necessidade de um processo dialogal para repensar as concepções modernas do direito que se têm mostrado insuficientes para atender às demandas contemporâneas. Habermas tem sido referenciado nas tentativas de relegitimação da doutrina jurídica como discurso emancipador (HESPANHA, 2009, p. 188), o que condiz com a proposta de que o direito deve trazer os elementos de reestruturação e recuperação para além do formalismo estabelecido na letra da lei. Para o presente trabalho, um dos motivos que justificam a caracterização do STF como um tribunal resiliente é a percepção habermasiana de democracia deliberativa.

A epistemologia do Sul de Santos

A última vertente que abordaremos como pano de fundo para, depois, trazer o pensamento de Bauman, é a visão pluralista e emancipatória da sociologia do direito – epistemologia do Sul²⁷.

²⁷ Explica Alba Maria Pinho de Carvalho: “[o] ‘Sul’ em Boaventura de Sousa Santos não é um conceito geográfico e, sim, uma categoria sócio-política relativa aos países, regiões, segmentos, grupos que sofrem

É relevante discutir as ideias de Santos, expoente dessa visão, no campo jurídico, pois sua abordagem analítica está na contribuição teórica em favor de um projeto pluralista, sendo marca distintiva de seu pensamento a construção de uma nova teoria crítica²⁸ – base de uma cultura política de natureza emancipatória. Assim, como Bauman, trata-se de um sociólogo que se propõe estar em sintonia com seu tempo. Para Santos, vivemos uma transição paradigmática, na qual o esgotamento do paradigma hegemônico traz o germe de um novo paradigma.

Como se verá no próximo capítulo, os pensamentos de Santos e Bauman caracterizam-se por se mostrarem abertos²⁹, sempre inacabados. Ao longo de suas obras, os dois autores realizam revisões de suas ideias, formulações e conceitos. Registre-se que a concepção de ciência (e consequentemente das ciências sociais) de Santos destaca-a

processos de exclusão, opressão e discriminação. O ‘Sul’ é uma metáfora do sofrimento humano, produzido nas hibridações do capitalismo e da colonialidade do poder” (2009, p. 4).

²⁸ Santos, no capítulo *Por que é tão difícil construir uma teoria crítica?*, segunda parte da “Introdução Geral” de *Crítica da razão indolente*, desaprova a teoria crítica moderna (2000a, pp. 23 e seguintes), que já foi exposta neste trabalho. Segundo sua interpretação, dois fatores centrais são responsáveis por essa dificuldade: primeiramente, destaca-se que a teoria crítica moderna concebe a sociedade como uma totalidade e propõe uma alternativa – igualmente totalizante – à sociedade que existe (idem, p. 26). Porém, para ele “não há um princípio único de transformação social” (idem, p. 27), bem como “[n]ão há agentes históricos únicos nem uma forma única de dominação” (idem). Santos defende que “[n]a ausência de um princípio único, não é possível reunir todas as resistências e agências sob a alçada de uma grande teoria comum. Mais do que de uma teoria comum, do que necessitamos é de uma *teoria de tradução* que torne as diferentes lutas mutuamente inteligíveis e permita aos actores colectivos ‘conversarem’ sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam” (idem). Portanto, o autor não vislumbra possibilidades emancipatórias dentro do paradigma vigente, mesmo para o direito. Em segundo lugar, a teoria crítica acabou por causar uma dificuldade semântica, pois “[a] crise da teoria crítica moderna arrastou consigo a crise da distinção icónica e os mesmos ícones passaram a ser partilhados por campos anteriormente bem demarcados, ou, em alternativa, foram criados ícones híbridos constituídos eclecticamente com elementos de diferentes campos. Assim, a oposição capitalismo/socialismo foi sendo substituída pelo conceito, intrinsecamente híbrido, de globalização. A oposição revolução/democracia foi quase drasticamente substituída pelos conceitos de ajustamento estrutural, pelo consenso de Washington e também pelos conceitos híbridos de participação e desenvolvimento sustentado” (idem, p. 28). Segundo Santos, há uma incapacidade de se identificar quem seria o adversário.

²⁹ Mobilizamos, nesse sentido, a abertura de conceitos de Pierre Bourdieu: “[o]s conceitos podem – e, em certa medida, devem – permanecer abertos, provisórios, o que não quer dizer vagos, aproximativos ou confusos: toda verdadeira reflexão sobre a prática científica atesta que essa *abertura* dos conceitos, que lhes dá um carácter ‘sugestivo’, logo, uma capacidade de produzir efeitos científicos (mostrando coisas não vistas, sugerindo pesquisas a serem feitas, e não apenas comentários), é própria de qualquer pensamento científico que esteja se formando, por oposição à ciência já formada sobre a qual refletem os metodólogos e todos os que inventam depois da batalha regras e métodos mais prejudiciais do que úteis” (2004, p. 56).

como uma forma de conhecimento e uma prática social, o que a difere de outros teóricos sociais.

Em sua crítica à modernidade ocidental, na qual vincula o capitalismo ao colonialismo, Santos desenha o direito como campo privilegiado em que se devem destacar suas potencialidades emancipatórias. Para tanto, ele propõe um des-pensar do direito. A emancipação não surge por meio das potencialidades emancipatórias originais da modernidade, assegurada pela tensão entre emancipação-regulação. Explica-se. Para o autor, em leitura diversa daquela realizada pela teoria crítica, a modernidade vive um paradigma sócio-cultural amparado nos pilares da regulação e da emancipação (SANTOS, 2000a, p. 50; 2000b, p. 77). Ele não vê a modernidade como um projeto hegemônico, mas sim como fruto de duas forças motrizes e dinâmicas – cuja tensão entre elas caracterizou a modernidade. O pilar da regulação traz três princípios: Estado (relação vertical e controladora, princípio formulado por Thomas Hobbes), mercado (relação horizontal individualista e antagônica, princípio desenvolvido por John Locke e por Adam Smith) e comunidade (relação horizontal e solidária, princípio que domina toda a teoria social e política de Jean Jacques Rousseau). O pilar da emancipação é construído por três lógicas de racionalidade, que foram definidas por Weber: estético-expressiva (arte e literatura), cognitivo-instrumental (ciência e tecnologia) e moral-prática (ética e direito).

Esses dois alicerces, seus princípios e racionalidades estão conectados por meio de inúmeras formas de compatibilização. Algumas dessas conexões são privilegiadas e preferenciais, destacando-se a relação ótima entre o princípio do Estado e a racionalidade moral-prática, vez que o Estado, por ser dotado do monopólio da produção e execução das leis, define e faz cumprir um mínimo ético (SANTOS, 2000b). Portanto, o direito – no paradigma moderno – garantia a realização de princípios éticos, vivendo igualmente a tensão regulação-emancipação moderna.

Complementarmente, o paradigma sócio-cultural da modernidade comporta também duas formas de conhecimento: conhecimento-regulação e conhecimento-emancipação (SANTOS, 2000a). Todo conhecimento é o deslocamento da ignorância ao

saber. E os saberes e conhecimentos distinguem-se pela definição da trajetória. Desse modo, a ignorância do conhecimento-regulação é o caos (realidade incontrolada e incontrolável da natureza ou sociedade) que se desloca até o saber da ordem (2007). Por sua vez, a ignorância do conhecimento-emancipação é o colonialismo (incapacidade de reconhecer o outro como igual, que é transformado em objeto), oposto ao saber da autonomia solidária (2007).

A ambição da modernidade seria viver o equilíbrio entre esses dois pilares (regulação e emancipação), que fomentaria inovações sociais e culturais, compatibilizando ideias como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, igualdade e liberdade, sem que nenhum valor se impusesse sobre os demais (ARANHA, 2011). Entretanto, Santos registra o desequilíbrio entre os modelos pois o conhecimento de regulação dominou por inteiro quando a modernidade ocidental passou a coincidir com o capitalismo (2007), recodificando o conhecimento de emancipação no sentido de transformar “conhecimento” em “ignorância” e vice-versa (idem)³⁰.

Portanto, Santos articula a dominação do sistema do capital (supremacia do princípio do mercado no pilar da regulação) com a violência da ignorância do conhecimento do colonialismo (manifestada no pilar da emancipação), camuflada como missão civilizatória, dentro do marco historicista ocidental. E, assim, amplia a concepção de dominação e de poder, que é materializada em opressões e discriminações de diferentes ordens: étnicas, de gênero, de opção sexual, religiosas, de padrões estéticos, entre outras.

A leitura de Santos pode ser relacionada com ideias de Habermas e de Bauman. Como já mencionado no item anterior, os três teóricos relatam que na contemporaneidade há uma dominação, no sentido de colonização ou de coisificação. Para Habermas, os subsistemas do dinheiro e do poder colonizam a esfera das relações sociais, da

³⁰ Guilherme Arruda Aranha explica: “[n]esse processo, o conhecimento-regulação recodificou nos seus próprios termos o conhecimento-emancipação. Isso significa que o saber da emancipação (solidariedade) foi transformado em ignorância e a ignorância (colonialismo) foi transformada em saber. Ou seja, a solidariedade foi recodificada como caos e, inversamente, o colonialismo foi recodificado como ordem” (2011, p. 75).

racionalidade do mundo da vida. Para Santos, como visto, o princípio do mercado no pilar da regulação impõe-se como soberano e opressor do pilar da regulação. Já Bauman entende que as tarefas modernas da razão foram transferidas para as “forças de mercado” na modernidade líquida. Portanto, a sociedade contemporânea, no qual o direito insere-se, está, segundo esses autores, em um quadro de importantes mudanças. É relevante para o estudo do direito compreender essa leitura, para que se possam buscar caminhos para as insuficiências observadas no seu paradigma hegemônico construído na modernidade.

Dentro do contexto da perspectiva ampliada da dominação e da opressão do capital colonialista, Santos configura duas formas de domínio hierarquizadas: o sistema de desigualdade – que constitui um sistema hierárquico de integração social, dando lugar à integração subordinada e explorada – e o sistema de exclusão – que gesta um sistema hierárquico de segregação, visando às populações sobressalentes e supérfluas ao capitalismo.

É nesse cenário que a tensão regulação-emancipação é substituída pela utopia de regulação jurídica confiada exclusivamente ao Estado³¹. O desejo único da ordem e a descrença na solidariedade influenciam o direito, que também acaba focando-se no conhecimento-regulação, eis que tal tipo de conhecimento contribui de modo sugestivo para justificar a necessidade de codificação de condutas para que se assegurasse a ordem social. Vive-se, segundo Santos, o momento em que o conhecimento-regulação manifesta-se no direito como produção e controle da regularidade na sociedade. O que não deixa de estar presente, também, como será visto em momento oportuno no entendimento de Bauman.

A partir das relações entre modernidade e desenvolvimento capitalista no século XIX, o direito foi subvertido em sua originalidade por meio da estatização e da cientificização (SANTOS, 2000a, conferir p. 101 e seguintes). Com isso, inicialmente,

³¹ Afirma Santos: “[t]al como aconteceu com a ciência moderna, também o direito perdeu de vista, neste processo, a tensão entre regulação e emancipação social, originalmente inscrita no paradigma da modernidade” (2000a, p. 120).

sufocou-se seu potencial emancipatório. Porém, Santos registra que a crise do Estado-Providência benevolente do capitalismo civilizado, já no século XX, trouxe consigo a percepção de que várias promessas da modernidade não poderiam ser cumpridas e as já cumpridas poderiam ser revertidas. E assim, dentro do paradigma dominante de regulação e emancipação, o pilar da regulação é que se encontra em crise. Portanto, é justamente a ruptura dessa tensão dinâmica que conduziu ao que autor denomina transição paradigmática.

Segundo Santos, uma transição paradigmática caracteriza-se pela ocorrência de contradições internas no paradigma dominante que não podem ser geridas por meio de mecanismos de gestão de conflitos – o direito moderno – e de ajustamento estrutural desenvolvidos pelo paradigma em questão. Essas contradições internas são vistas, em um primeiro momento, como excessos e déficits da modernidade mal resolvidos, os quais geram uma deslegitimação dos meios de ajustamento. A partir daí, tal deslegitimação embasa os tópicos de lutas sociais e políticas, as quais, para ele, abrem novas possibilidades para futuros alternativos. Portanto, fica claro que a transição paradigmática contém em si já alguns elementos dos novos paradigmas sucessores.

Em face desse cenário que o autor desconstrói a concepção de direito moderno e edifica uma perspectiva emancipatória escorada no princípio do reconhecimento da igualdade e da diferença: “[d]efender a igualdade sempre que a diferença gerar inferioridade e defender a diferença sempre que igualdade implicar descaracterização” (SANTOS, 2003b, p. 67). Conforme o próprio título de um dos livros de Santos assinala, sua proposta para a teoria social é de renovação da teoria crítica no sentido de uma emancipação social. Para o autor, a produção derivada da teoria crítica enfrenta dois problemas resultantes da cultura (monocultural) e da modernidade ocidental (que detém o conhecimento-regulação e conhecimento-emancipação): o silêncio e a diferença (SANTOS, 2007).

O primeiro tem origem na cultura hegemônica que teve contato com outras culturas, mas foi um contato colonial e, portanto, de silenciamento e desprezo das culturas diferentes (próprio da regulação). Em razão disso, “o diálogo não é possível simplesmente

porque as pessoas não sabem dizer: não porque não tenham o que dizer, mas porque suas aspirações são improferíveis” (SANTOS, 2007, p. 55). O segundo desafio, diferença, implica uma luta em duas frentes – a política da hegemonia que conduz à percepção de que não há outras culturas críveis e a política da identidade fundamentalista – na qual existem outras culturas, mas são incomensuráveis: “[n]ão nos serve nem uma política de hegemonia nem uma política identitária fundamentalista, mas, como sempre, uma via nova não é fácil, porque às vezes temos de encontrar o que é semelhante, e o semelhante é um ponto de partida, não de chegada” (SANTOS, 2007, p. 56). Esses desafios devem nortear a análise para a compreensão de mundo de hoje, mais próximo do caos do que da ordem.

O paradigma contemporâneo, que se propõe ser de oposição, é o paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente (SANTOS, 2007), um paradigma que é sócio-cultural e não modernamente científico. Retomando as ideias de racionalidade desenvolvidas por Santos, verifica-se que o novo paradigma deve se insurgir em face do império da racionalidade cognitivo-instrumental dominante, própria da ciência e da tecnologia. E, considerando esse cenário, ao se dedicar a desconstruir e repensar o direito, “[o] paradigma pós-moderno não despreza o fato de que as sociedades complexas são constituídas por uma *constelação jurídica*” (ARANHA, 2011, p. 86, *itálico no original*). Assim, a desconstrução do direito passa, segundo Santos, não necessariamente pela negação de toda a modernidade, mas pela revisão de seu projeto a fim de encontrar tradições e possibilidades descartadas e marginalizadas ao longo da vinculação modernidade-capitalismo que recuperem a tensão regulação-emancipação, característica original da modernidade. Mesmo existindo um protagonismo do direito estatal, o paradigma de oposição revela a existência de outras ordens jurídicas que integram e compõem a constelação jurídica da sociedade. Mas é o direito estatal que opera e é fundamentado na dominação. É por isso que o paradigma em declínio guarda elementos dos novos paradigmas (emancipatórios).

Para Santos, “[e]stamos em um contexto no qual legalidade, direitos humanos e democracia são realmente instrumentos hegemônicos; portanto, não vão conseguir por si mesmos a emancipação social; seu papel, ao contrário, é impedi-la” (2007, p. 68). O que

ele alerta é que o direito reduz-se à força regulatória social, como mecanismo contrário à proposta emancipatória. Percebe, ademais, um direito estatal atrelado à regulação social, que se ergue conforme dois pilares regulatórios restritivos, o mercado e o Estado (SANTOS, 2000a), apesar do discurso de universalidade que os cerca.

Mas de que maneira o direito poderia recuperar a realização de princípios éticos e reorientar-se no sentido de cumprir uma função social emancipatória³²? Santos reconhece que a tradição ocidental trouxe elementos positivos que devem ser repensados por uma visão plural em contraposição à monocultural – que traz a noção de força. Assim, concepções de Estado, de espaço público, de cidadania e de secularização devem ser vistas não mais com a proposta impositiva-controladora. Perspectivas de recomposição do direito podem se articular com a dimensão comunidade, em suas possibilidades de solidariedade e participação, a aprofundar compromissos democráticos e pluralistas. A proposta emancipadora é de um direito que reconhece outras possibilidades de direito e que duvida das suas próprias decisões, da sua própria racionalidade, mas que, ainda assim, constrói-se comunicativamente, refletindo a partir das suas próprias referências no sentido multicultural e pluralizado. O que o autor almeja é que o direito seja deslocado do conhecimento-regulação para o conhecimento-emancipação, mostrando-se como um direito que não aceita a razão indolente da modernidade e que refleta as lutas sociais concretas.

Importante destacar que Santos vislumbra uma desconstrução do direito moderno ocidental, para que as tradições modernas suprimidas a partir da vinculação capitalismo-colonialismo sejam retomadas, assim como outras ordens políticas e jurídicas eclipsadas pela dominação. Isso, como será visto no próximo capítulo, é natural na dinâmica de funcionamento do paradigma moderno ou, na linguagem de Bauman, da modernidade sólida.

³² Para a busca de uma resposta afirmativa ao questionamento, ver *Poderá o direito ser emancipatório?* (SANTOS, 2003).

Portanto, Santos, ainda que não diretamente, trava um diálogo relevante com a leitura social proposta por Bauman, provando-se, também por essa razão, de profunda importância na construção de nosso trabalho.

Capítulo II – A LIQUIDEZ PARA BAUMAN: DA MODERNIDADE SÓLIDA PARA A MODERNIDADE LÍQUIDA

Como visto no capítulo anterior, a compreensão do direito na sociedade contemporânea obriga o estudo de um cenário sócio-cultural complexo. Para tanto, a sociologia permite a articulação das teorias sociais com as jurídicas – colaborando para a compreensão do direito nesse quadro de mudanças. As teses sintetizadas no capítulo anterior, cada uma de acordo com sua concepção própria, revelam que o direito não pode ser arquitetado como uma ordem diferente das demais, tampouco como alheia e independente da sociedade. O direito deve distanciar-se de sua dogmática solipsista, que o afasta da realidade, e abrir-se para o mundo exterior. O estudo do direito não pode ficar restrito ao estudo do texto da lei, mas deve debruçar-se também no agir humano. Portanto, com esse pressuposto, o direito é submetido aos reflexos das mudanças descritas pelas teorias sociais, caminhando para desenvolver novas ideias teóricas que criam condições para que se torne mais resiliente.

É no presente capítulo que apresentamos a obra de Bauman, que contribui para contextualizar o debate que se desenvolverá na tese acerca da resiliência constitucional, bem como repensar e questionar os conceitos de previsibilidade e estabilidade, elementos viabilizadores da moderna legitimidade jurídica. Bauman reiteradamente investiga o projeto moderno, discutindo seu ideal de Estado construído ao longo da história, colocando em questionamento o seu modelo de predeterminação. Estudar a descrição do contemporâneo construída por Bauman e suas críticas possibilitará, no capítulo final desta parte da tese, a projeção de suas ideias no domínio jurídico, pois a realidade relatada por Bauman revela-se como desafiadora para a legitimação do direito de hoje, em especial do direito constitucional.

Este capítulo, assim, possui a tarefa de identificar, com foco mais apurado, as dimensões das transformações sociais relatadas por Bauman em sua extensa obra, às quais o direito é sensível, e deverá manifestar sua característica resiliente, no sentido de

encontrar a reestruturação e adaptabilidade do ordenamento após essas modificações conjunturais.

Notas iniciais a respeito de Bauman

O pensamento de Bauman está diretamente ligado às análises contemporâneas do mundo e das condições da vida humana no século XXI. Aliás, o autor é reconhecido como um dos sociólogos mais influentes no debate crítico na atualidade³³. Dentre os temas trabalhados por ele estão sociedade de massa, mídias sociais, neoliberalismo e justiça social. Bauman pode ser definido como um intelectual que sintetiza os problemas da sociedade para que pensadores sociais reflitam acerca dos mesmos, traduzindo o mundo em textos (BAUMAN, 2011a). Sua produção reflete a respeito de pessoas que buscam visibilidade no mundo de hoje – que para ele são os oprimidos.

O trabalho de Bauman descreve novas maneiras de pensar as relações humanas, e, em especial, as relações de poder. Tentando compreender as mudanças de papel e a atual situação da sociedade moderna, a partir de 2000, o autor desenvolve uma teoria

³³ Tem-se afirmado que se trata de um dos mais interessantes e influentes comentadores da condição humana, sendo taxado como “o teórico da pós-modernidade” (BAUMAN, 2011c) ou ainda como o “profeta da pós-modernidade” (SMITH, 1999), condição que em diversas oportunidades negou, alegando que sua vida e suas ideias revelam-se interessantes exclusivamente por ter vivido muito e ter visto muitas coisas ao longo do tempo. No prefácio de *Bauman sobre Bauman*, Keith Tester afirma que “[a] obra de Zygmunt Bauman, para dizer o mínimo, é volumosa, e sua quantidade cresce em ritmo vertiginoso. Além disso, os livros em língua inglesa pelos quais ele é mais conhecido foram precedidos de uma série de livros e ensaios que escreveu em sua Polônia natal, antes de ser expulso, em 1968. Seria tolice nestes diálogos tentar resumir sua obra completa e refletir sobre ela” (BAUMAN, 2011a, p. 8). A conclusão que se chega é aproveitada no presente capítulo, vez que ele tem como foco sobretudo a temática da liquidez, mais precisamente, da modernidade e sociedade líquida. Interessante registrar, também, a descrição realizada por Citlali Roviroso-Madrado, que participou de conversas com Bauman em *Vida a crédito*. Na introdução, registra que “[s]e pudéssemos comparar teorias sociais ou teóricos em sociologia a equipamentos de cozinha, Zygmunt Bauman seria, sem dúvida, uma das facas mais afiadas. Como a maioria das lâminas, no entanto, essa faca tem dois gumes. Tente manejá-la sem se cortar, e você sempre acabará com um dedo ferido e com sangue pingando sobre as cebolas – você jamais chegará a seu núcleo, porque simplesmente não há núcleo. Os estruturalistas franceses e o autor polonês têm isso em comum: eles conseguem fazer com que as intrincadas camadas da história e a saga da filosofia ocidental se assemelhem a cebolas” (2010c, p. 18).

social, amparada na figura chave de “liquidez” (2001; 2004; 2007b; 2007c; 2008b; 2011b). A modernidade líquida é uma das metáforas a propósito da transformação social e representa uma perspectiva individualmente fluida, capaz de adaptar-se a todos os desafios que o indivíduo encontra na sociedade contemporânea. Segundo Bauman, as principais características da modernidade líquida são desapego, provisoriedade e acelerado processo de individualização, decorrentes da manifesta ambivalência³⁴ de se tratar de tempo de liberdade e, ao mesmo, de insegurança (2001).

Como já se observa, é com o uso de metáforas que a sociologia de Bauman propõe-se a restabelecer os laços entre reflexão sociológica e debate público, tornando-a compreensível ao público leigo³⁵ (GUIBENTIF, 2007). O trabalho de Bauman liquefaz as fronteiras entre o conhecimento erudito e o senso comum, no mesmo sentido do realizado por Santos em sua “ciência pós-moderna” (1989, 2001, 2010). Mas se assim fazem não é por ingênuo desprezo do rigor científico ou por simples negação dos postulados da ciência moderna. Seu objetivo é atingir um público composto por homens e mulheres comuns, que desejam refletir a respeito do mundo em que vivem – em busca de compreendê-lo para torná-lo melhor. Conforme será explicado na sequência, a sociologia de Bauman opõem-se ao paradigma da ciência moderna sólida e de seu corte epistemológico, o que lhe aloca na fase líquida moderna.

³⁴ De acordo com o sociólogo “[a] ambivalência, possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora) que a linguagem deve desempenhar. O principal sintoma de desordem é o agudo desconforto que sentimos quando somos incapazes de ler adequadamente a situação e optar entre ações alternativas” (BAUMAN, 1999b, p. 9).

³⁵ Corroborando com essa interpretação, Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke afirma que “Bauman é um dos líderes da chamada ‘sociologia humanística’, ao lado de Peter Berger, Thomas Luckmann e John O’Neill, entre outros. De um lado, não se encontram em suas obras abstrações ou análises e levantamentos estatísticos; de outro, são ali aproveitadas quaisquer idéias e abordagens que possam ajudá-lo na tarefa de compreender a complexidade e a diversidade da vida humana. Essa é uma das razões pelas quais Bauman tem muito a dizer para uma gama de leitores muito maior do que normalmente se espera de um trabalho de sociologia mais convencional, o que condiz com suas próprias ambições de atingir um público composto de pessoas comuns ‘esforçando-se para ser humanas’ num mundo mais e mais desumano. Como ele gosta de insistir, seu objetivo é mostrar a seus leitores que o mundo pode ser diferente e melhor do que é” (BAUMAN, 2004b, p. 1). Para uma leitura crítica acerca da novidade teórica da sociologia de Bauman ver *A sociologia da modernidade líquida de Zygmunt Bauman* (ABREU, 2012).

É no cenário de modernidade líquida que se deve refletir acerca da possibilidade social do direito e do papel das constituições ante essa descrição social. Para que se pense o fenômeno constitucional contemporâneo no recorte sociológico de modernidade líquida, importante compreender a proposta do autor e investigar o sentido do direito como prática social. O desafio é estabelecer as conexões necessárias entre o conceito axial da pauta de estudo de Bauman – a liquidez – e o direito constitucional.

O termo liquidez é utilizado duplamente nas obras do autor, ora como metáfora, ora como conceito, em especial quando acompanhado de modernidade líquida e de sociedade líquida. Ambas as expressões apontam para um cenário no qual a fluidez é presente em todo e qualquer tipo de relação social, tanto privada quanto pública. Na tentativa de compreender a dimensão da chave de leitura que Bauman deseja exprimir com esses termos, faz-se necessário não só conceituar modernidade e sociedade líquidas, mas encontrar quais são as manifestações da liquidez que causam impactos no mundo contemporâneo.

O presente capítulo se desenvolve em duas partes. Na primeira delas busca registrar e compreender a exposição de Bauman da modernidade e suas duas fases, sólida e líquida. A partir dessa leitura, na segunda parte, apresenta a razão de Bauman optar pela expressão liquidez, trazendo definições e características desta, na tentativa de encontrar uma resposta por que o termo liquidez apresenta-se na teoria de Bauman como conceito e como metáfora. Com essas compreensões, será trabalhado no próximo capítulo o que seria o direito líquido.

As análises de Bauman estão em constante modificação, já que não se tratam de conclusões absolutas ou mesmo últimas palavras a respeito do assunto. Aliás, sociedade é para o autor algo compreendido como fato social em constante transformação. Como ele mesmo afirma, seu pensamento é aberto em busca do fluxo incessante da realidade (BAUMAN, 2004b). Seu texto busca conjugar o pensamento acadêmico como senso comum, o que o expõe a muitos críticos. Mas sua proposta é de que as ciências sociais, a sociologia em especial, abandonem a ortodoxia e sejam repensadas em face da passagem da modernidade sólida para a líquida, promovendo a autonomia e a liberdade, enfocando

a autoconsciência, a compreensão e a responsabilidade individuais (BAUMAN, 2001), como manifestações da possibilidade de mudança.

Vive-se um tempo de descentralização, de individualização, em que se assume que os indivíduos devem encontrar soluções biográficas individuais para problemas históricos coletivos, em outras palavras, respostas individuais para problemas sociais. Consequentemente, o pensamento social dirige-se hoje àquele que realmente assume a responsabilidade de mudança (BAUMAN, 2004b).

A dificuldade em compreender as expressões sinônimas *liquidez* ou *fluidez* entre tantas outras está no fato de Bauman não se preocupar em apresentar em sua obra explicações didáticas do que seriam modernidade e sociedade líquidas. Não há uma sistematização ou explicitação conceitual da sua terminologia. Trata-se antes de um repertório conceitual produzido simultaneamente com suas análises da sociedade contemporânea.

Cabe ressaltar que embora Bauman seja um sociólogo – e se identifique como tal – para ele o conhecimento mais completo, no sentido de abrangente e relevante, pressupõe deixar de lado, ou, ao menos, questionar, as limitações entre uma disciplina e outra (BAUMAN, 2011a). Portanto, trata-se de um intelectual voltado ao “pensamento social”, que rompe com os limites do convencionalmente concebido como sociologia³⁶.

Modernidade em Bauman

³⁶ No mesmo sentido: “[o] olhar lançado para analisar o mundo contemporâneo deve ser interdisciplinar. Não somente para pôr em prática uma tendência, mas para compreender um cenário híbrido, no qual disciplinas dialogam para forjar algum aspecto inédito, insólito, mas sincero e condizente, que sofre os atritos e convergências dos mais diversos agentes sociais. Para tanto, a sociologia, a antropologia, a filosofia, a literatura e o cinema foram cooptados como recursos discursivos para engendrar uma tentativa de compreensão do nosso momento histórico sob a luz da modernidade líquida” (SOUZA, 2012, p. 12).

A concepção de modernidade é sintetizada na racionalização das relações sociais (identidade), políticas (Estado-nação) e econômicas (capitalismo). Todavia, para a construção dessa concepção, Bauman (2010c) descreve que a modernidade, desde o início, já era um projeto de liquidificação ou derretimento de visões de mundo construídas com base no pensamento antigo e medieval – edificadas com bases na concepção teleológica da natureza seguida da experiência, da sensibilidade e do instinto (como essência não ordenada)³⁷ – que não eram dotados de suficiente solidez. Segundo seu relato, os sólidos pré-modernos já se encontravam em estado avançado de desintegração, sendo que os primeiros sólidos a serem derretidos eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que impediam as iniciativas de construir uma nova ordem (BAUMAN, 2001).

As sociedades medievais ou pré-modernas eram estruturadas a partir de uma ordem natural, revelada por Deus. Porém, na modernidade, homens e mulheres desvendaram os mistérios da natureza e a racionalizaram, dominando-a por meio da técnica. No entanto, nessas sociedades modernas a tarefa ordenadora (de definir e impor um sistema coerente de categorias sociais) não é realizada por pessoas comuns, mas sim por intelectuais, burocratas, planejadores e especialistas de vários tipos (SMITH, 1999).

O processo de derretimento (BAUMAN, 2001) seria transitório, a ser aplicado até que os novos sólidos perenes, aperfeiçoados e eternos fossem produzidos: “uma sociedade estável, solidamente enraizada, da qual qualquer desvio mais acentuado apenas pode ser uma mudança para pior” (BAUMAN, 2010b, p. 12). Na modernidade ocorreria

³⁷ Em *Modernidade e ambivalência*, Bauman sustenta que “[a] ordem é o contrário do caos; este é o contrário daquela. Ordem e caos são gêmeos *modernos*. Foram concebidos em meio à ruptura e colapso do mundo ordenado de modo divino, que não conhecia a necessidade nem o acaso, um mundo que apenas *era*, sem pensar jamais em como *ser*” (1999b, p. 12, *itálico no original*), para então citar que Hobbes propôs o nascimento da consciência da ordem (na nossa acepção, da consciência moderna): “[p]odemos pensar a modernidade como um tempo em que *se reflete* a ordem — a ordem do mundo, do hábitat humano, do eu humano e da conexão entre os três: um objeto de pensamento, de preocupação, de uma prática ciente de si mesma, cônica de ser uma prática consciente e preocupada com o vazio que deixaria se parasse ou meramente relaxasse” (idem).

a transformação do mundo por meio da racionalidade instrumental científica, com a construção de um modelo eficaz de planejamento universal (BAUMAN, 1999a) que não mais seria alterável.

Para o sociólogo, a modernidade é o período do surgimento do Estado-nação comprometido em ser a única fonte da ordem³⁸, vigilante de seu território e garantidor da organização. E esse novo sólido, o Estado, é quem se coloca como o substituto natural daquilo que sustentou a tradição dos poderes monárquico-feudais e clericais na pré-modernidade, assumindo o papel de limitador e controlador das liberdades individuais. É também, em razão dos derretimentos, o momento em que se vive a libertação da economia de seus embaraços políticos, éticos e culturais, sedimentando uma nova ordem imune a desafios por qualquer ação que não fosse econômica (BAUMAN, 2001). Para Bauman, as preocupações com a ordem também são um denominador comum de outros empreendimentos modernos: industrialismo, capitalismo, democracia (2011).

Todo o processo empregado no advento da modernidade – que começou na Europa Ocidental no século XVII e atingiu sua maturidade no século XIX, com o chamado Estado racional³⁹ – estabelece uma relação com este desejo da ordem artificial, “ordem projetada com os poderes da razão e mantida pelo monitoramento e manejo quotidianos” (BAUMAN, 2003a, p. 39). Derivada dessa concepção de Estado, a política moderna também se esforçou para eliminar a ambivalência e definir com precisão o que seria a ordem (BAUMAN, 1999a), vez que as liberdades de autonomia individuais eram fontes de variedade, ambiguidade e instabilidade. A figura do Estado ganhou relevância a partir do momento em que passou a pautar-se pela cultura moderna, já que adotou uma

³⁸ Em *Modernidade líquida*, mais uma vez Bauman explica o que seria a ordem própria da modernidade: “[o]rdem, permitam-me explicar, significa monotonia, regularidade, repetição e previsibilidade; dizemos que uma situação está ‘em ordem’ se e somente se alguns eventos são altamente improváveis ou estão inteiramente fora de questão. Isso significa que em algum lugar alguém (um Ser supremo pessoal ou impessoal) deve interferir nas probabilidades, manipulá-las e viciar dados, garantindo que os eventos não ocorram aleatoriamente” (2001, p. 66).

³⁹ Isso é, com a implementação de um modelo de Estado organizado capaz de resolver problemas e se apresentar como a única instância produtora de justiça e segurança.

postura de ingerência direta na vida social, por meio da sistematização e regulamentação da ordem social. A racionalização da sociedade e dos cidadãos seria formada pela própria educação⁴⁰.

O mesmo é estabelecido no universo intelectual: a modernidade se propôs a deslegitimar e romper com todos os campos de conhecimento filosoficamente incontroláveis, execrando o “senso comum”, os “preconceitos”, as “superstições” e os “hábitos populares”, que passaram a ser entendidos como irracionais e desprovidos de cultura. Os intelectuais desenhariam uma sociedade melhor, racional e civilizada, que seria a “boa sociedade”, bem-adaptada ao desempenho e ao florescimento do modo de vida intelectual (BAUMAN, 2010b).

É por essas características que os intelectuais e governantes modernos são denominados legisladores por Bauman⁴¹ – vez que criaram, com o endosso das leis da razão, diretrizes capazes de impor a ordem projetada (2010b): a sociedade racionalmente planejada. E esse domínio da natureza teria o condão de libertar os indivíduos, já que

⁴⁰ Nas palavras de Bauman: “[a] educação não foi uma invenção da Era da Razão; tampouco foi um artefato da revolução intelectual sobre a qual tanto lemos, afirmando-se que ela era a mãe ou pelo menos a parteira da Era Moderna, civilizada. A educação foi antes uma reflexão posterior, uma resposta do tipo ‘gerenciamento da crise’, uma tentativa desesperada de regulamentar o desregulamentado, de introduzir ordem numa realidade social que antes já fora expropriada dos seus próprios dispositivos de auto-ordenamento. Com a cultura popular e suas bases de poder arruinadas, a educação tornou-se um imperativo” (2010b, p. 101). Adiante, na mesma obra, “[a] mensagem geral talvez fosse implícita ou não intencional, mas não tinha ambiguidades: o propósito da educação é ensinar a obedecer. Instinto e presteza para conformar-se, seguir o comando, fazer o que o interesse público, tal como definido pelos superiores, exige que seja feito, essas eram as habilidades de que mais necessitavam os cidadãos de uma sociedade planejada, projetada, inteira e completamente racionalizada. Não era o saber transmitido aos educandos, mas a atmosfera de adestramento, rotina e previsibilidade total sob a qual a transmissão do saber seria conduzida, eis a condição que mais importava” (idem, p. 107).

⁴¹ Bauman é taxativo na análise: “[l]egislar e impor as leis da razão é o *fardo* daqueles poucos conhecedores da verdade, os filósofos. Eles são chamados a realizar a tarefa sem a qual a felicidade dos muitos jamais será alcançada. A tarefa exigirá por vezes um professor benigno e clemente, outras vezes a mão firme de um guardião severo e decidido. Sejam quais forem os atos que os filósofos sejam forçados a praticar, um elemento permanecerá – só pode permanecer – constante: a prerrogativa incontestada do filósofo de decidir entre o verdadeiro e o falso, o bem e o mal, o certo e o errado, e assim a sua licença de julgar e sua autoridade para impor obediência ao juízo” (1999a, p. 31, *itálico no original*).

estariam dotados de tempo livre e no controle das intempéries, para fazer o que desejassem sempre dentro dos limites e das previsões da lógica racionalista⁴².

A racionalização da modernidade garantiria a qualidade de vida (como projeto cultural consagrado com o Iluminismo) e do capitalismo civilizado sob o controle do Estado (como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial e do Fordismo) (BAUMAN, 2010b). Foi a época da busca por certezas científicas (próprias do positivismo), de verdades únicas, totalizadoras, como instrumentos para a padronização dos saberes e da homogeneização do mundo, que seria o melhor e – o mais seguro – mundo possível. Para Bauman,

O Estado moderno nasceu como uma força missionária, proselitista, de cruzada, empenhado em submeter as populações dominadas a um exame completo de modo a transformá-las numa sociedade ordeira, afinada com os preceitos da razão. A sociedade racionalmente planejada era a causa finalis declarada do Estado moderno. O Estado moderno era um Estado jardineiro. Sua postura era a do jardineiro. Ele deslegitimou a condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e auto-equilíbrio. Colocou em seu lugar mecanismos construídos com a finalidade de apontar a mudança na direção do projeto racional. O projeto, supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecia os critérios para avaliar a realidade do dia presente. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. Satisfaziam as necessidades das plantas úteis (segundo o projeto do jardineiro) e não proviam as daquelas consideradas ervas daninhas (1999a, p. 29).

Portanto, assim como o objetivo da ciência era eliminar as superstições e os hábitos populares (fontes de incerteza, imprevisibilidade e indeterminação), o fito do Estado jardineiro (compreendido como um jardineiro que projeta, cultiva e remove o

⁴² Nas palavras do autor: “[e]ra uma época que pretendia impor a razão à realidade por decreto, remanejar as estruturas de modo a estimular o comportamento racional e a elevar os custos de todo comportamento contrário à razão tão alto que os impedisse. Em razão do decreto, negligenciar os legisladores e as agências coercitivas não era, obviamente, uma opção. A questão da relação com o Estado, fosse cooperativa ou contestadora, era seu dilema de formação; de fato, uma questão de vida e morte” (BAUMAN, 2001, p. 58).

indesejado para garantir o belo) era a aniquilação de suas contradições internas (ervas daninhas), e isso significava a exclusão dos indivíduos que não se adaptassem⁴³. Para tanto, o desejo moderno era o de manipular probabilidades e tornar os assuntos humanos regulares e sujeitos ao planejamento e ao controle. O plano de podar a ambiguidade situacional e a ambivalência comportamental não foi plenamente realizado, vez que a ambivalência persistiu e causou tragédias muito severas para o projeto moderno, que se mostrou incapaz de evitar barbaridades⁴⁴ e a “banalidade do mal”⁴⁵.

⁴³ No mesmo sentido, Bauman sustenta em *O mal-estar da pós-modernidade* que: “[a]o longo do período moderno, tendeu-se a definir a exclusão social como um soluço temporário no progresso uniforme e implacável, sob outros aspectos, em direção à igualdade. Ela era minimizada pelo mau funcionamento ainda não corrigido, mas em princípio corrigível, do sistema social não suficiente racionalizado” (BAUMAN, 1997a, p. 195). Ainda, deve ser mencionado aqui que esse fenômeno foi objeto de maiores análises de Bauman, servindo como síntese a seguinte passagem de *Modernidade e ambivalência*: “[o]s casos mais extremos e bem documentados de ‘engenharia social’ global na história moderna (aqueles presididos por Hitler e Stalin), não obstante as atrocidades resultantes, não foram nem explosões de barbarismo ainda não plenamente extinto pela nova ordem racional da civilização, nem o preço pago por utopias alheias ao espírito da modernidade. Ao contrário, foram produto legítimo do espírito moderno, daquela ânsia de auxiliar e apressar o progresso da humanidade rumo à perfeição que foi por toda parte a mais eminente marca da era moderna — daquela ‘visão otimista de que o progresso científico e industrial removiam em princípio todas as restrições sobre a possível aplicação do planejamento, da educação e da reforma social na vida cotidiana’, daquela ‘crença de que os problemas sociais podem ser finalmente resolvidos’. A visão nazista de uma sociedade harmoniosa, ordeira, sem desvios extraía sua legitimidade e atração dessas visões e crenças já firmemente arraigadas na mente do público ao longo do século e meio de história pós-iluminista, repleta de propaganda cientificista e exibição visual da assombrosa potência da tecnologia moderna. Nem a visão nazista nem a comunista destoavam da audaciosa autoconfiança da modernidade; meramente propunham fazer melhor o que outros poderes modernos sonharam e talvez tenham mesmo tentado e fracassado em realizar” (1999a, p. 38).

⁴⁴ A história revelou que o extremo desse projeto de modernidade seria vivido nas trágicas experiências do comunismo soviético e do Holocausto. Para tanto, ver *Modernidade e Holocausto* no qual Bauman é categórico: “[a] civilização moderna não foi a condição suficiente do Holocausto; foi, no entanto, com toda a certeza, sua condição necessária. Sem ela, o Holocausto seria impensável. Foi o mundo racional da civilização moderna que tornou viável o Holocausto” (1998, p. 32). Acerca do fenômeno da ordem, do mito nacional e da identidade, Bauman dedicou um de seus ensaios *Modernidade e ambivalência*, que é apresentado pelo autor da seguinte maneira: “[n]o livro, focalizei os processos assimilatórios, uma norma na era da construção da nação e do fortalecimento do Estado moderno: os dois processos foram transformados num só com o nacionalismo, avidamente empregado pelos Estados nascentes como as principais formas de extrair o volume desejado de lealdade e obediência. Os incontáveis grupamentos étnicos, linguísticos, culturais e regionais encerrados nas fronteiras do Estado eram convencidos ou forçados voluntariamente a renunciar a suas identidades distintas e fundir-se ao corpo nacional unificado e homogêneo. Se tentassem forçar a mão, e o fizessem com zelo e ardor, se tornariam suspeitos de desonestidade e intenções ignóbeis” (2011a, p. 95).

⁴⁵ Ver ARENDT, 1999.

É essa modernidade que, de acordo com Bauman, deve ser denominada modernidade sólida, que antecede a modernidade líquida. O autor concebe a primeira como projeto de controle científico e estatal, valorizando, assim, instituições sociais e políticas – que lutariam contra qualquer indeterminação. Nessa fase, a igualdade era privilegiada em comparação com a liberdade, ainda que a importância desta fosse indiscutível. O indivíduo podia ser distinto e diferente, porém, encontraria a aceitação plena na sociedade em razão da identidade do Estado a que pertencia, condição que lhe garantiria segurança.

E os indivíduos permaneciam ligados uns aos outros na modernidade sólida na qualidade de força de trabalho da industrialização. Nessa união é que coletivamente sofriam as intempéries das crises do capitalismo, enfrentando-as por meio de greves e manifestações (ABREU, 2012).

A identidade, especificamente identidade nacional, é criação da modernidade sólida como uma tarefa que o Estado impôs a todas as pessoas que se encontravam no interior de sua soberania territorial. Bauman lembra que Estado e nação sempre precisaram um do outro: “[o] Estado buscava a obediência de seus indivíduos representando-se como a concretização do futuro da nação e a garantia de sua continuidade” (2005, p. 27). Já a nação precariamente existiria sem o Estado, pois, inexistiria o agrupamento de hábitos locais, havendo dificuldade em existir unidade e coesão da comunidade da nação.

A adesão à identidade nacional foi inequívoca e exigiu fidelidade exclusiva, diferenciando-se de outras identidades. Como citado, o Estado detinha o monopólio de decidir quais as características que definiam se um indivíduo pertencia a essa ou outra identidade. A aparência de naturalidade que se passa do “pertencer-por-nascimento” (automática e inequivocamente pertencer a uma nação desde o nascimento) foi uma convenção arduamente construída. Foram estabelecidos costumes e hábitos regulares que ditavam aos indivíduos sua função específica na sociedade e sua forma de conduta (ABREU, 2012).

Outra questão relevante e associada ao projeto de Estado-nação foi a questão do território e da sua ampliação, conquista territorial. Bauman descreve a modernidade sólida como “[o]bcecada pelo volume, uma modernidade do tipo ‘quanto maior, melhor’, ‘tamanho é poder, volume é sucesso’” (2001, p. 132). Assim, a conquista do espaço e manutenção das fronteiras eram metas centrais do projeto moderno. A riqueza encontrava-se dentro da terra: leitos de minério de ferro e de carvão. E para efetivar a conquista fez-se necessário fixar-se no espaço, em abandono da prática pré-moderna do nomadismo. Além disso, “[r]iqueza e poder que dependem do tamanho e qualidade do *hardware* tendem a ser lentas, resistentes e complicadas de mover” (idem, p. 133), garantidas pela rotinização do tempo (rígido, uniforme e inflexível): “[o] tempo rotinizado prendia o trabalho ao solo, enquanto a massa dos prédios da fábrica, o peso do maquinário e o trabalho permanentemente atado acorrentavam o capital” (idem, p. 135). Mas tudo isso mudou na fase seguinte da modernidade (e do capitalismo).

O grande problema do projeto de modernidade foi, para Bauman, a presunção de que a prática de derretimento e reconstrução racional da ordem absolutamente uniforme poderia eliminar toda a contradição do mundo. O processo de individualização é central na modernidade, assim como o processo de racionalização das relações sociais. A busca moderna pela uniformidade e ordem acaba por gerar mais ambivalência e diversidade, produzindo mais divisões do que se conseguiu livrar (BAUMAN, 1998a e 1999a), desaguardo no que ele denominou modernidade líquida. Nesse universo construído pela modernidade sólida, homens e mulheres viram-se emancipados das imposições da natureza, mas se sujeitaram aos grilhões do próprio processo que os libertou. Esse cenário revelou-se propício para que a lógica do poder econômico fosse associada ao Estado onipresente, dominado pelo interesse de determinados setores sociais da esfera privada.

A modernidade sólida acaba por reconhecer a sua própria impossibilidade, ainda que tenha proclamado seu sucesso. Mas, como destaca Bauman – citando Habermas – o projeto de modernidade não acabou (1999a), vez que há continuidade em suas tarefas. É por isso que apresentar a modernidade sólida é pressuposto para se compreender e analisar o que é a modernidade líquida, fase na qual o sociólogo foca sua análise mais detalhada.

A modernidade líquida, como continuação da modernidade sólida, igualmente apresenta uma fase de desconstrução/derretimento; na verdade, um momento de liquefação das principais instituições das sociedades modernas ocidentais e de seus dogmas da racionalidade instrumental científica e do poder soberano estatal⁴⁶. A modernidade líquida volta-se a dissolver padrões e configurações que a modernidade sólida produziu e havia eleito como os melhores possíveis. Mas agora o derretimento não é acompanhado da reconstrução de configurações sociais ideais. A modernidade líquida é a época atual na qual vivemos o declínio da ilusão “sólida” de que existiria uma ordem, um Estado e uma sociedade perfeitos (no sentido máximo de justo, bom, sem conflitos) (BAUMAN, 2001) – e essa é uma das duas características que fazem a fase contemporânea da modernidade nova e diferente.

A certeza moderna de que a ciência, o Estado, o direito, a família e o trabalho eternizariam-se colapsou com a diversidade de novas formas de mudança no mundo (SOUZA, 2012). A modernidade líquida é, também, o conjunto de relações e instituições que se impõe como alicerce do contemporâneo e em resposta ao medo que os indivíduos desenvolveram em razão da conduta eliminadora da figura do Estado jardineiro. Agora, a modernidade caminha em direção contrária à certeza e à segurança.

A modernidade líquida não é análoga à pós-modernidade⁴⁷, conforme Bauman expressamente menciona em diversos momentos (BAUMAN, 2002, 2004b, 2010b,

⁴⁶ Nas palavras de Bauman: “[a] sociedade que entra no século XXI não é menos ‘moderna’ que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização; a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de ‘limpar o lugar’ em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou da competitividade). (...) Ser moderno passou a significar, como significa hoje em dia, ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar parado. Movemo-nos e continuaremos a nos mover não tanto pelo ‘adiamento da satisfação’, como sugeriu Max Weber, mas por causa da *impossibilidade* de atingir a satisfação: o horizonte da satisfação, a linha de chegada do esforço e o momento da auto-congratulação tranquila movem-se rápido demais” (2001, pp. 36-37, *italico no original*).

⁴⁷ Em sentido contrário, defendendo que modernidade líquida e pós-modernidade são termos praticamente intercambiáveis, ver ABREU, 2012, p. 86.

2011a). Para ele, o termo pós-modernidade perdeu gradativamente sua potência analítica ante uma sociedade que ainda insiste em ser moderna⁴⁸. Segundo o sociólogo, não existe uma mudança radical entre períodos (modernidade e pós-modernidade) como proposto por outros intelectuais que refletem a respeito do tema – e não há uma hierarquia histórica ou mesmo ontológica entre os dois momentos⁴⁹. Bauman destaca que a insuficiência da expressão da pós-modernidade é revelada em razão de suas definições serem todas construídas *a contrario sensu*, atestando o que já não existia, uma realidade passada e encerrada da modernidade, pouco ou nada falando do que efetivamente seriam os atributos do contemporâneo (2010b). A utilização de expressões e definições ultrapassadas para o momento, vez que eram próprias da modernidade, dificulta a compreensão do caráter da vida hodierna (idem), mais um fator que levou Bauman a pensar em outra terminologia.

Modernidade líquida traz uma carga valorativa crítica, diferentemente da noção de pós-modernidade. Se Bauman tinha relatado o destino da modernidade (sólida) como um projeto de eliminar incerteza e ambivalência, a fase líquida revela-se como reintegradora do espectro da ambivalência⁵⁰. As ideias de liquidez e solidez querem

⁴⁸ Em prefácio à edição brasileira de *Legisladores e intérpretes*, originalmente publicado em 1987, Bauman sintetizou as três deficiências da ideia de pós-modernidade, conforme já visto: “o caráter ‘negativo’, a indicação de um fim da modernidade e a escassez de informação que apresenta a respeito dos atributos próprios dessa nova forma de vida” (2010b, p.11). E mais recentemente: “‘Pós-modernidade’ e ‘pós-modernismo’ foram irremediavelmente confundidos, usados em muitos casos como sinônimos. O próprio debate sobre pós-modernidade foi tomado como sinal de adesão ao campo ‘pós-modernista’. Eu me vi na companhia de colegas de quarto com quem jamais compartilharia um aposento, ao mesmo tempo que, com muita frequência, se liam ideias em meus textos que não eram minhas, mas de pessoas com que eu era associado com base na confusão semântica” (BAUMAN, 2011a, p. 111).

⁴⁹ Ainda referindo-se às expressões modernidade e pós-modernidade, Bauman sustenta: “[d]e modo algum estou afirmando que o mundo pós-moderno constitui um avanço em relação ao moderno, que os dois possam ser arrançados em uma sequência progressiva em qualquer dos possíveis significados da ideia confusa de ‘progresso’. Além disso, não acredito que a modernidade, como um tipo de modo intelectual, tenha sido substituída de forma conclusiva pelo advento da pós-modernidade, ou que esta última tenha refutado a validade da primeira (se é que é possível refutar alguma coisa adotando uma postura coerentemente pós-moderna). Estou interessado apenas em entender as condições sociais sob as quais o surgimento dos dois modos foi possível; e os fatores responsáveis por seus destinos e suas sortes em transformação” (2010b, p. 22).

⁵⁰ Veja-se que antes mesmo de cunhar a expressão modernidade líquida, Bauman já descrevera que a modernidade contemporânea é tão polarizada como se apresentou no projeto da revolução moderna. Em

representar duas fases de um mesmo período e nenhuma sugere ser melhor do que a outra (GUIBENTIF, 2007).

Não há, portanto, para Bauman, um fim da modernidade, mas sim um redirecionamento de seus poderes em razão da crise. Ele destaca que toda e qualquer crise evoca a chance de refletir a respeito da nossa situação e de escolha de novas decisões, estando associada ao termo *criterion* – princípio para a tomada da decisão certa, e não com a figuração que o senso comum costuma conectá-la – de situação perigosa, anormal e grave, o que possibilitará construir outros caminhos futuros (BAUMAN, 2000). A modernidade líquida revela-se como uma oportunidade para tentar compreender como a sociedade contemporânea chegou no ponto em que agora se encontra, momento em que se deve refletir acerca das ações, conquistas ou falhas do projeto de modernidade, para, com essa informação, perguntarmo-nos o que se deve fazer – se é que se tenha o que fazer – no sentido de produção de um conhecimento inovador capaz de alterar a rota da modernidade, norteando-a para novas propostas epistemológicas. A proposta de Bauman – de darmos um passo atrás para rever as respostas obtidas ao longo da história e pensarmos em outras soluções – está em franca oposição àqueles que, desacertadamente, alegam ser “equivocada” sua proposta, em razão de uma suposta visão pessimista e catastrófica do futuro⁵¹. O que Bauman alerta é que os cânones político-sócio-culturais do ocidente foram destruídos, causando a imponderabilidade e uma única certeza: a liquidez de que se vive em incertezas, contingências e imprevisibilidades (BAUMAN, 2010b). Nessa modernidade líquida, o derretimento do sólido ganhou outro sentido: “[o]s sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento,

suas palavras: “[a] nossa sociedade ‘moderna tardia’ (Giddens), ‘moderna reflexiva’ (Beck), ‘surmoderne’ (Balandier), ou – como prefiro denominá-la – pós-moderna é marcada pelo descrédito, escárnio ou justa desistência de muitas ambições (atualmente denegridas como utópicas ou condenadas como totalitárias) características da era moderna. Dentro tais sonhos modernos abandonados e desesperançados, está a perspectiva de suprir as desigualdades socialmente geradas, de garantir a todo indivíduo humano uma possibilidade igual de acesso a tudo de bom e desejável que a sociedade possa oferecer. Mais uma vez, tal como nas etapas iniciais da revolução moderna, vivemos numa sociedade cada vez mais polarizada” (1997a, p. 195).

⁵¹ Para a leitura de críticos de Bauman ver CARVALHO, 2014.

o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas, individuais em projeto e ações coletivas” (BAUMAN, 2001, p. 12).

A segunda mudança que pode ser mencionada como diferenciadora entre as fases da modernidade

É a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava a ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. Ainda que a ideia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização adicional do *status quo*) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da “sociedade justa” para o dos “direitos humanos”, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado (BAUMAN, 2001, p. 38).

O sociólogo destaca nessa passagem que os indivíduos assumem na modernidade líquida um novo papel. A sociedade normativamente regulada (da proposta de padronização dos modos de vida) deu passagem para a desregulamentação e flexibilização de todas as coisas, sendo que os membros da sociedade passam a se comportar como consumidores e não mais como produtores (BAUMAN, 2001 e 2007a). Na modernidade sólida os indivíduos eram engajados em razão do seu papel de produtores e soldados – fruto da industrialização – a observarem os limites estabelecidos pela regulamentação estatal⁵², a atuarem em conformidade com a norma. Agora, na modernidade líquida, todos vivem

⁵² Nas palavras de Bauman: “[a] vida organizada em torno do papel de produtor tende a ser normativamente regulada. Há um mínimo de que se precisa a fim de manter-se vivo e ser capaz de fazer o que quer que o papel de produtor possa requerer, mas também um máximo com que se pode sonhar, desejar e perseguir, contando com a aprovação social das ambições, sem medo de ser desprezado, rejeitado e posto na linha” (2001, p. 90).

indistintamente na sociedade de consumidores⁵³. Cabe a eles a tarefa de avaliar ofertas e comprar, compulsivamente (BAUMAN, 2001).

Com a modernidade líquida vive-se um vazio normativo, no sentido de oposição ao controle exercido pelo “Estado sólido”, que traz mais liberdade aos indivíduos e a possibilidade de viverem para consumir, já que a vida organizada em torno do consumo “[é] orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis” (BAUMAN, 2001, p. 90). Essa característica está diretamente relacionada com o desenvolvimento da tecnologia que consegue partir entidades interligadas como tempo e espaço. Conforme já mencionado anteriormente, o tempo desassociou-se da noção de espaço e foi sobreposto a ele, como obsessão da modernidade líquida em face da era da conquista territorial da modernidade sólida – superando a concepção de espaço.

Independentemente da existência de um marco histórico da passagem para a modernidade líquida, pode-se considerar que a nova dinâmica globalizada do capitalismo financeiro digitalizado e o desenvolvimento das nanotecnologias, biotecnologias, engenharia genética etc., são elementos que explicitam essa nova fase. O que Bauman explica é que esse ambiente possibilitou que o impulso modernizante buscasse novos alvos de sua prática de derretimento e desconstrução, um verdadeiro redirecionamento das metas (2001).

⁵³ Importante trazer aqui, como referência, a noção de sociedade líquida. Segundo Bauman, “[l]íquido-moderna’ é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir” (BAUMAN, 2007b, p. 07). Na sociedade líquida, o consumo é a pedra de toque dos que aspiram à integração: “[o] poder de compra equipara-se em relevância a luta por direitos básicos como educação e saúde. O poder aquisitivo é fator de distinção social. Valemos pelo que compramos e não pelo que somos. Num tom cínico há quem defina, ‘Somos o que compramos’. Talvez comprar não tenha o mesmo naipe da influência política, mas dá acesso a portas que se manteriam fechadas ou nos deixariam perdidos. O consumo em alta voltagem tem o dom da elevação, não moral, se não aquela das relações pautadas no que se possui – a mera impressão de felicidade, o comprar compulsivo é também um ritual feito à luz do dia para exorcizar as horrendas aparições da incerteza e da insegurança que assombram a noite” (BAUMAN, 2001, p. 96). É a sociedade líquida de consumo, que, exigindo o deslocamento como um dos seus pontos-mor, gerou dois tipos de condições no que concerne à vida contemporânea: a do “turista” e a do “vagabundo”.

No momento atual, a individualização, que consiste em transformar a identidade humana de um dado em uma tarefa, deixou de ser objeto do projeto de padronização e definição pelo poder estatal, que a normatizaria e apresentaria para que os homens e mulheres vivessem de acordo com os tipos sociais de classe, modelos de condutas e interesses comuns (BAUMAN, 2001). Aos indivíduos eram apresentados nichos nos quais deveriam se adaptar e alocar, “[c]omportando como os demais ocupantes” (idem, p. 42), mas agora não mais o são. Os atuais problemas de identidade originaram-se do abandono de suas âncoras sociais (BAUMAN, 2005)⁵⁴.

Na modernidade líquida não são fornecidos lugares estáveis, mas sim voláteis, que fazem com que as pessoas estejam constantemente em movimento. Bauman, inclusive, destaca que esse fenômeno gera um outro obstáculo. Libertar as pessoas do poder estatal e trocar o cidadão pelo indivíduo pode torná-las indiferentes: “[o] ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’, (...) à ‘sociedade justa’” (2005, p. 45), fato que traz sérios problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania. Para o sociólogo, “[o] que alicerça todas essas mudanças é a transferência da tarefa de integração social das agências centralizadas e estritamente administradas para as ‘forças do mercado’, dispersadas e não coordenadas” (2011a, p. 104). Agora, incerteza e insegurança são o principal veículo de coesão social.

Portanto, a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres da modernidade líquida também devem ser destacadas como características desse novo contexto social – juntamente com o colapso do projeto controlador e modelador da modernidade sólida. Mas a situação de liquidez não se limita a isso, vez que a figura do Estado-nação soberano também se transformou. O atrativo da nação e de sua credibilidade era construído por meio da garantia de segurança e de durabilidade derivada de sua

⁵⁴ Continua Bauman: “[é] nisso que nós, habitantes do líquido mundo moderno, somos diferentes. Buscamos, construímos e mantemos as referências comunais de nossas identidades em *movimento* – lutando para nós juntarmos aos grupos igualmente móveis e velozes que procuramos, construímos e tentamos manter vivos por um momento, mas não por muito tempo” (BAUMAN, 2005, p. 32).

associação com o Estado. Hoje, segundo Bauman, a soberania é mais do que rarefeita, está em plena desconstituição. E os indivíduos vivem a “cultura do medo” (BAUMAN, 2007), dedicando-se àquilo que são capazes de fazer:

Não há curas evidentes para o estado de incerteza e ansiedade. Assim, é improvável que as fontes desses sentimentos venham a secar. Incapaz de atingir a matéria verdadeira, a energia desse modo gerada tende a se redirecionar para os objetos à mão, aquilo sobre o que nos sentimos capazes de fazer alguma coisa: em primeiro lugar, às preocupações com a segurança do corpo e sua vizinhança imediata. Os estranhos nas proximidades são os alvos óbvios; os que estão perto de nossas casas, postos avançados, visíveis e tangíveis de todas aquelas forças evasivas, misteriosas, impenetráveis, que devastam todas as rotinas habituais frustram planos de vida e impedem o próprio esforço de planejar.

Com muita frequência, os políticos se mostram satisfeitos e ávidos em condescender. A noção de “pessoas em busca de asilo” logo se torna um termo de abuso; leis de imigração e naturalização ficam mais rígidas; a construção de “centros de detenção” (termo higienizado para se referir aos desacreditados campos de concentração) passa a ser tema de plataformas eleitorais, nas quais se espera que atraia mais votos que qualquer outra promessa (BAUMAN, 2011a, p. 106).

A modernidade líquida, por trás dessas características, revela uma indefinição do futuro da sociedade e dos indivíduos. Essa conclusão é enunciada pelo próprio Bauman, já que:

A velocidade, no entanto, não é propícia ao pensamento, pelo menos ao pensamento de longo prazo. O pensamento demanda pausa e descanso, “tomar seu tempo”, recapitular os passos já dados, examinar de perto o ponto alcançado e a sabedoria (ou imprudência, se for o caso) de o ter alcançado. Pensar tira nossa mente da tarefa em curso, que requer sempre a corrida e a manutenção da velocidade. E na falta do pensamento, o patinar sobre o gelo fino que é uma fatalidade para todos os indivíduos frágeis na realidade porosa pode ser equivocadamente tomado como seu *destino* (BAUMAN, 2001, p. 239, *itálico no original*).

Esse “patinar sobre o gelo fino” é apresentado pelo autor como a metáfora que melhor representa e explica os três eixos demarcadores do fenômeno de nosso tempo, da modernidade líquida: insegurança, incerteza e falta de proteção.

Para Bauman, a ordem é viver leve, para viver em constante deslocamento – sem entraves, como um viajante que tem pouca bagagem para mais rápido e mais longe

deslocar-se: “[n]um mundo inseguro e imprevisível, o viajante esperto fará o possível para imitar os felizes herdeiros da elite global que viajam leves; e não derramarão muitas lágrimas ao se livrar de qualquer coisa que atrapalhe os movimentos” (BAUMAN, 2001, p. 187), enfrentando diretamente a incerteza e a insegurança. E a leveza, nesse cenário, contribui positivamente com o enfrentamento dessas mudanças constantes e na tarefa de combate à insegurança, ainda que a mudança com velocidade não permita pensar acerca da identidade.

Conforme visto, na sociedade moderna sólida o indivíduo associava a proposta de cidadania com a segurança de pertencer a uma sociedade, com deveres em relação ao Estado, na qual sua liberdade era assegurada dentro dos limites estabelecidos pelo poder estatal. Na modernidade líquida o cenário é outro: “[a] vida na sociedade líquida de consumidores apresenta-se repleta de armadilhas, busca *experts* em adotar contradições e mantê-las em um arriscado jogo de equilíbrio e desordem” (SOUZA, 2012, p. 27).

A questão da identidade, nesse contexto de desterritorialização e de individualização, é vista por Bauman como um tema sensível e ambivalente. O desejo de integrar-se a um grupo permanece vivo, ao menos, no inconsciente das pessoas. O anseio por identidade vem da busca por segurança, por mais paradoxal que isso se revele na modernidade líquida⁵⁵.

O divisor de águas na história moderna encontra-se nessa irrelevância de fixação no espaço, acompanhada de uma suposta aniquilação do tempo (em razão do desenvolvimento das novas tecnologias digitais de informação e comunicação). No universo da liquidez, da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado em “tempo nenhum”, acabando com as noções espaciais de “longe” e “aqui” (BAUMAN,

⁵⁵ Bauman explica: “[e]mbora possa parecer estimulante no curto prazo, cheio de promessas e premonições vagas de uma experiência ainda não vivenciada, flutuar sem apoio num espaço pouco definido, num lugar teimosamente, perturbadoramente, ‘nem-um-nem-outro’, torna-se a longo prazo uma condição enervante e produtora de ansiedade. Por outro lado, uma posição fixa dentro de uma infinidade de possibilidades também não é uma perspectiva atraente. Em nossa época líquido-moderna, em que o indivíduo livremente flutuante, desimpedido, é o herói popular, ‘estar fixo’ – ser ‘identificado’ de modo inflexível e sem alternativa – é algo cada vez mais malvisto” (2005, p. 35).

2001, p. 136). Dentro do projeto moderno, o espaço perde seu valor estratégico – então relacionado com a perspectiva de território.

Hoje todas as partes do espaço podem ser atingidas no mesmo período de tempo, o que impossibilita privilegiar um determinado espaço. E isso é identificável por meio da prática comum da economia transnacional liberal do mercado livre de comércio. Empresas começaram a se expandir pelo globo independentemente dos cenários políticos, modificando as regras locais de gerirem-se os negócios. Assim, fronteiras territoriais desfizeram-se para o capital e para as elites, que acabam por revisitar a prática pré-moderna do nomadismo. Esse poder, do capital, é pautado na liquidez, na mobilidade, na leveza, na desregulamentação normativa. O Estado não deve estabelecer condições, regulamentos ou limites a esse poder. Ao contrário, deverá desfazer qualquer regra normatizadora das relações econômicas, políticas e culturais – em favor desse poder abstrato e independente de identidades e territórios.

Nesse contexto de modernidade líquida – da qual se extraem as características da velocidade, mobilidade, flexibilidade e incerteza – a vida dos homens e mulheres está marcada pelo consumo. Mas uma espécie de consumo que privilegia o acúmulo em excesso e o descarte. Com velocidade os produtos são colocados à venda e abandonados independentemente de efetivamente tornarem-se obsoletos e impróprios para consumo. Diariamente a “síndrome consumista”⁵⁶ move-se: novos produtos, novas aquisições e novos desperdícios. Participar ou não do ciclo é o que define se o indivíduo está integrado ou não. Mas o ato de consumir é descrito como ação dos indivíduos que, mesmo

⁵⁶ Bauman define: “[a] síndrome consumista consiste antes de tudo na negação enfática da virtude da procrastinação, e da adequação e conveniência de retardar a satisfação – os dois pilares axiológicos da sociedade de produtores governada pela síndrome produtivista” (2007, p. 109). E continua: “[a] ‘*síndrome consumista*’ é uma questão de velocidade, excesso e desperdício. Os consumidores experientes não se incomodam em destinar as coisas ao lixo; (...) – aceitam a curta duração das coisas e seu desaparecimento predeterminado com tranquilidade, ou por vezes com uma satisfação mal disfarçada” (idem, p. 110, *italico no original*).

compartilhando os espaços físicos de consumo, não vivem uma interação social real (2009, p.108)⁵⁷.

Uma sociedade de consumo⁵⁸ é uma totalidade de consumidores, que julga e avalia seus membros por suas capacidades e sua conduta de se relacionar ao consumo. Não é nada além de uma sociedade do excesso e da fartura – e, portanto, da redundância e do lixo farto. O lixo é o produto de qualquer consumo. Com isso, este mostra-se na modernidade líquida como determinante para o indivíduo ser considerado cidadão. Porém, em razão do descrédito e derretimento das instituições próprias da modernidade sólida, a cidadania sofre certo esvaziamento. Assim, Bauman critica o consumismo ao defender que “[a] ascensão do consumidor é a queda do cidadão. Quanto mais habilidoso é o consumidor, mais inepto é o cidadão” (2011, p. 130).

Sem a garantia das instituições criadas para assegurar a efetivação da individualidade e defender a comunidade dos desmandos de um poder centralizado e dos desrespeitos às leis, há um considerável aumento no descrédito do Estado-nação (SOUZA, 2012). Nesse diapasão, na modernidade líquida, deve-se aceitar que lutar para permanecer no jogo do consumo é uma forma de perseguir o sonho humano da dignidade (BAUMAN, 2011a).

O que Bauman faz ao traçar essa história da modernidade é esclarecer como se deu a transição da modernidade sólida para a modernidade líquida, mostrando que os conceitos descritivos da experiência individual na modernidade transformaram-se ao longo do tempo. Como visto, a incerteza, a insegurança e a falta de proteção caracterizam

⁵⁷ De acordo com Bauman, “[c]ompartilhar o espaço físico com outros atores que realizam atividade similar dá importância à ação, carimba-a com a ‘aprovação do número’ e assim corrobora seu sentido e a justifica sem necessidade de mais ações. Qualquer interação de atores os afastaria das ações em que estão individualmente envolvidos e constituiria prejuízo, e não vantagem, para eles” (2001, p. 114).

⁵⁸ Para Bauman, “[o] traço distintivo da sociedade de consumo e de sua cultura consumista não é, no entanto, o consumo como tal; nem sequer o elevado e cada vez mais crescente volume de consumo. O que diferencia aos membros da sociedade de consumo de seus antepassados é a emancipação do consumo da antiga instrumentalidade que marcava seus limites: o desaparecimento das ‘normas’ e a nova plasticidade das ‘necessidades’ que liberam o consumo das travas funcionais e o exoneram da necessidade de justificar-se em outros termos que sua capacidade de reportar prazer. Na sociedade de consumo, o consumo é o seu próprio fim” (2008b, p. 225).

a modernidade líquida e estão presente nas mais diversas esferas de atuação humana. Bauman buscou compreender as razões da perda de confiança na política tradicional, da desregulamentação do mundo do trabalho, do enfraquecimento da instituição Estado-nação e da busca paradoxal dos indivíduos por estilos de vida e de intimidade cada vez mais diferenciados entre si.

Nada é feito para durar, tudo é transitório. O deslocamento, e não a fixação, é cada vez mais veloz – qualidade valorizada nos tempos líquidos. Deve-se atentar que a modernidade líquida é a era da destruição sem construção, na qual “[q]ualquer estrutura construída deve servir de veículo para se manter em movimento pelo tempo necessário a fim de alcançar a próxima pousada a meio caminho, e não de lares em que se possa descansar no fim da estrada” (BAUMAN, 2011a, p. 103).

Para Bauman, a modernidade líquida representa uma crise social e política da civilização moderna, vez que significa um progressivo desmonte de sistemas econômicos, políticos, éticos, jurídicos e educacionais. Portanto, projetos próprios da modernidade – que pregavam mudança, reforma e, finalmente, estabilização – degradaram-se e tornam-se impossíveis, pois não mais alcançarão estabilização.

Liquidez em Bauman

Para precisarmos a noção⁵⁹ de liquidez, deve-se considerar que ela está relacionada com a observação de Bauman da fase atual da modernidade e da sociedade, cuja principal característica é a diminuição do papel das dimensões espaciais da vida

⁵⁹ A presente tese assume a distinção entre conceito e noção conforme proposta por André Comte-Sponville em seu *Dicionário filosófico*: “[s]e for necessário distingui-los, como a língua nos convida a fazer, dever-se-á levar em conta que noção costuma ser mais vago e mais vasto, e conceito mais preciso ou mais estrito. Fala-se, por exemplo, da noção de animal e do conceito de mamífero. Ou da noção de liberdade, e do conceito de livre-arbítrio. O conceito, no sentido em que entendo, tem uma compreensão mais rica – logo uma extensão menor – do que a noção. É que muitas vezes é uma noção precisada ou retificada” (2003, p. 118). Em face dessa, apresentamos as noções de liquidez (e posteriormente de resiliência) para então buscarmos o direito líquido e a resiliência constitucional.

social em detrimento da importância central do fluxo (veloz) próprio do tempo para a mudança social. Inclusive, o próprio tempo também já se identifica como efêmero e fugaz, adequado à atualidade (BAUMAN, 2007b). Tudo é passageiro, nada é feito para durar. Como será apresentado, caracterizar a modernidade como líquida é revelar a precariedade e instabilidade das relações sociais no sentido de identificá-las como fragmentadas, não duradouras, incertas e inseguras. Vive-se o desmanche e desencantamento do processo moderno.

Na modernidade líquida descrita por Bauman, como visto, tudo é temporário, inexistindo uma proposta de longa duração, rompendo com a lógica da modernidade sólida, para a qual o desmanche do herdado sempre era substituído por um novo, melhor e novamente sólido. É modernidade líquida no sentido que incerteza e insegurança são características que dominam a sociedade que se encontra em uma crise hegemônica de suas teorias, modelos e paradigmas (BAUMAN, 2001). Mencionadas crises são reveladas ao longo da segunda fase da obra do autor⁶⁰, na qual tomou a questão da pós-modernidade como central. Incerteza e insegurança podem ser identificadas no debate acerca do poder e da desregulamentação⁶¹. Também podem ser observadas na comunidade que vive sua decadência e desintegração (BAUMAN, 2003a), tendo como resultado a “guetização” dos indivíduos.

⁶⁰ Desenvolvida após a publicação na Inglaterra dos livros que o próprio autor classifica como “trilogia da modernidade”, *Legisladores e intérpretes*, *Modernidade e Holocausto* e *Modernidade e ambivalência*, e – posteriormente *Modernidade líquida* e *Tempos líquidos*.

⁶¹ Para Bauman, “[a] ‘desregulamentação’ é a palavra da hora e o princípio estratégico louvado e praticamente exibido pelos detentores do poder. A ‘desregulamentação’ é demandada porque os poderosos não querem ser ‘regulados’ — ter sua liberdade de escolha limitada e sua liberdade de movimento restrita; mas também (talvez principalmente) porque já não estão interessados em regular os outros. O serviço e o policiamento da ordem viraram uma batata quente alegremente descartada pelos que são suficientemente fortes para livrar-se da incômoda sucata, entregando-a de pronto aos que estão mais abaixo na hierarquia e são fracos demais para recusar o presente venenoso” (2003a, p. 42).

Igualmente, é na sociedade líquida que seus elementos constituintes não estão atados com segurança e solidez, fato que para Bauman é hoje a principal fonte de incerteza e desestabilização institucional.

A escolha pelo termo liquidez, como já mencionado, dá-se em um contexto no qual o autor abandona a discussão a respeito das expressões pós-modernidade e pós-moderno em busca de um vocábulo que melhor sintetize o tempo atual, vez que relata diversas confusões semânticas entre pós-modernidade e pós-modernismo⁶². Porém, enquanto esses termos são empregados para descrever a condição sociocultural contemporânea, Bauman opta por discordar das descrições elegendo uma expressão que não só afirme o que a modernidade deixou de ser, mas traga o que se revelou diferente nela⁶³.

Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida ressaltam que novos termos surgem em nosso cotidiano para, tanto em seu aspecto semântico real e em seu simbolismo, marcarem “[u]m tempo definitivamente diverso daquele vivido sob a hegemonia dos valores modernos” (2015, p. 762). Como será na sequência registrado, a

⁶² Destaca-se nas próprias palavras de Bauman: “[u]ma das razões pelas quais passei a falar em ‘modernidade líquida’ em vez de ‘pós-modernidade’ (meus trabalhos mais recentes evitam esse termo) é que fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, entre ‘pós-modernismo’ e ‘pós-modernidade’. No meu vocabulário, ‘pós-modernidade’ significa uma sociedade (ou, se se prefere, um tipo de condição humana), enquanto que ‘pós-modernismo’ se refere a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna” (2004b, p. 321).

⁶³ Diz Bauman: “[o]ptei pelo termo ‘Modernidade Líquida’ por que desejei manifestar minha discordância das descrições de Lipovetsky, Balandier, Giddens ou Beck das atuais condições humanas. Procurei um termo que não nos diria apenas o que essa condição deixou de ser, mas também que qualidade ela adquiriu que a distingue da modernidade ‘clássica’ e, por conseguinte, exige uma nova ‘caixa de ferramentas analítica’ e uma nova agenda para estudos sociais e culturais. Julguei que o termo ‘liquidez’ é o que melhor se adéqua ao meu propósito: o aspecto definidor de ‘liquidez’, a incapacidade de reter sua forma por muito tempo e sua propensão a mudar de forma sob a influência de mínimas, fracas e ligeiras pressões é apenas o traço mais óbvio e, em minha opinião, também a característica mais consequente de nossa atual condição sociocultural” (2011c).

expressão liquidez guarda uma dupla função: revela-se como conceito fundamental de Bauman e opera como metáfora explicativa de fenômenos contemporâneos⁶⁴.

Liquidez como conceito

A primeira associação que o senso comum faz ao refletir acerca da expressão liquidez é de oposição ao sólido (BAUMAN, 2001). Trata-se de interpretação decorrente do uso adequado da linguagem, como qualidade daquilo que é líquido. Porém, ao se relacionar essa expressão própria do estado da matéria (entendendo-se como estado líquido aquele estado no qual a distância entre as moléculas de um material é suficiente para que tome a forma de qualquer meio) a um determinado período de tempo, no caso a modernidade, o sociólogo edifica um conceito importante para sua teoria social.

Bauman efetivamente constrói conceitos ao associar os termos liquidez ou fluidez a outros que não aqueles comumente utilizados, criando um vocabulário próprio. Trata-se de conceitos (modernidade líquida, sociedade líquida, liquidez moderna etc.) cujos significados foram formulados de maneira a fazer a expressão liquidez adaptar-se ao uso não condicionado a seu significado comum, permitindo ao autor produzir novas narrativas a propósito do mundo, não condicionadas pela experiência imediata (GUIBENTIF, 2007).

É por meio dessa associação pouco usual para o senso comum que o conceito de modernidade líquida é erigido para explicar e interpretar o recente desenvolvimento da humanidade, que pode ser dividido em modernidade sólida e líquida. Bauman sempre destacou que o que diferencia o líquido do sólido não é a densidade ou a leveza, mas sim

⁶⁴ Em suas próprias palavras: “[t]udo é temporário. É por isso que sugeri a metáfora da ‘liquidez’ para caracterizar o estado da sociedade moderna, que, como os líquidos, se caracteriza por uma incapacidade de manter a forma” (BAUMAN, 2004b, p. 322).

a fragilidade e a frouxidão, a incapacidade intrínseca dos líquidos em manter sua forma por muito tempo em razão de sua própria característica de fluidez (2001)⁶⁵.

Ao usar essas expressões, Bauman opta por não alimentar o debate pouco consensual acerca da modernidade/pós-modernidade, mas não deixou de romper com a noção monolítica da modernidade, própria do senso comum (GUIBENTIF, 2007), revelando a todos que o período da modernidade deve ser dividido em duas fases. Isso pelo fato de que o líquido, ao contrário do sólido (que tende à imutabilidade, ou seja, capacidade para cancelar o impacto do tempo), está exposto aos efeitos da passagem temporal. Bauman expõe que modernidade líquida mostra-se como sucessiva ao processo da modernidade sólida – que buscava desconstruir em busca do melhor e da perfeição – mas que dela diferencia-se por não mais reconstruir aquilo que foi liquefeito ou derretido.

Como Bauman menciona, a liquidez no pensamento social não é nenhuma inovação, já que a modernidade foi um processo de liquefação desde o começo, como revelou o *Manifesto comunista* (BAUMAN, 2001). Outros teóricos como Weber, Georg Simmel e John M. Keynes também se valeram da fluidez em seus trabalhos. O último, inclusive, defende que a liquidez é uma propriedade dos mercados financeiros, sendo que a liquidez aplica-se a relações que podem ser facilmente desfeitas e revertidas e a sistemas que, marcados pela fraqueza dos elos de seus elementos constituintes, tendem a ser instáveis e precários (CALDAS, 2008).

No campo das ciências sociais, conceitos são classificados em três categorias: descrição da realidade social por meio da observação (conceitos descritivos); interpretação dos resultados, ajudando a conectar diferentes fenômenos e a entender o porquê de ser como é a realidade social (conceitos interpretativos); e discussão crítica

⁶⁵ A mesma ideia é reforçada por Bauman: “[o] meu ponto é que não se deve confundir ‘liquidez’ ou ‘fluidez’ com ‘leveza’ – um erro firmemente arraigado em nossa prática linguística (‘nós associamos ‘leveza’ com mobilidade e inconstância’ – eu escrevi; mas essa associação se baseia em uma extrapolação injustificada da experiência de viajantes [...]). O que diferencia líquidos de sólidos é a frouxidão e a fragilidade de seus vínculos/elos/ligações, não sua gravidade específica” (2002).

desses resultados interpretados, identificando-se posições no debate entre diferentes análises a fim de informar ou orientar acerca da realidade social em estudo (conceitos prescritivos) (GUIBENTIF, 2007)⁶⁶.

Para Pierre Guibentif (2007), ao aplicarmos a tipologia mencionada acima, o potencial interpretativo dos conceitos de modernidade líquida e sólida revela-se limitado. Ao contrário, como conceitos descritivos, as expressões mostram-se importantes, uma vez que não orientam a visão de Bauman em direção a um fenômeno particular, mas programam uma operação de mensuração da realidade social em escala específica, que, em seus diferentes níveis, vai de sólido a líquido (GUIBENTIF, 2007). Porém, no trabalho de Bauman, ao associá-los esses com conceitos de humanidade e de sociedade, tal metodologia permite, igualmente, utilizar o critério sólido/líquido como instrumento não só para interpretação, mas também para avaliação da realidade social (portanto, como um conceito prescritivo).

A oposição entre sólido e líquido encontra-se inserida numa rede conceitual mais ampla, o que assegura sua coerência. Conforme visto, Bauman relaciona solidez e liquidez com a mesma dinâmica entre as figuras de trabalho e consumo na modernidade. Além disso, ele discute em detalhes a atual fase da modernidade líquida, relacionando a liquidificação com o crescimento da insegurança e da individualização. Para Guibentif esses são os conceitos que formam no pensamento de Bauman uma teoria coerente da modernidade (2007).

Liquidez como metáfora

A metáfora de liquidez é manifestadamente adotada por Bauman a partir de uma noção enciclopédica, visando sustentar que a sociedade de hoje é dotada de fluidez, liquidez e leveza, em contrapartida a fixidez, solidez e peso (2001) – que, conforme visto,

⁶⁶ Conferir também a respeito, conferir *Studi per una teoria generale del diritto* de Norberto Bobbio, 1970, p. 14.

são características da modernidade sólida. Para o autor, a modernidade está sempre a ser desmontada, mas seu momento líquido guarda um diferencial em razão de tudo ser temporário e provisório.

Segundo Antonio Candido, a metáfora tem importância essencial na linguagem poética, sendo elemento legítimo e necessário. Ela caracteriza-se por ser uma comparação implícita entre dois termos (CANDIDO, 1996). Implícita pois, ao efetuar a comparação, elimina-se o elemento comparativo e faz-se uma transposição direta de sentido entre os objetos. Candido esclarece ainda que a metáfora pode ter uma capacidade ilustrativa ou reveladora: “[a] imagem e a metáfora podem ter uma capacidade ilustrativa quando se incorporam a famílias já conhecidas. E podem ter capacidade reveladora, quando criam uma relação nova, que esclarece o mundo de forma diversa” (idem, p. 89). Inventa-se, assim, uma nova realidade a partir do uso da metáfora.

São cinco elementos básicos que se presumem na metáfora: semelhança, comparação subjetiva, abstração, transposição e formação de uma nova realidade semântica de caráter simbólico (CANDIDO, 1996). Para o crítico literário, essa figura de linguagem pode ser tanto uma necessidade de expressão, uma forma de ornar a fala, como um empréstimo, “graças ao qual tomamos noutra lugar o que nos falta” (idem, p. 91).

Bauman vale-se desse recurso em diversas oportunidades, garantindo que seu trabalho torne-se mais próximo do debate público, visando tornar sua reflexão sociológica mais compreensível aos leigos. A liquidez, em oposição à solidez, é uma entre inúmeras metáforas opositivas construídas pelo sociólogo, tais como legisladores e intérpretes, caçadores e jardineiros, produtores e consumidores, turistas e vagabundos etc. Comparado a outros autores, Bauman certamente é um dos que mais se vale do recurso metafórico. Ele leva intelectuais a repensarem o uso de metáforas nas ciências sociais, reformulando metáforas clássicas da sociologia, como as de máquinas, organismos, linguagem, dramas, tecidos e jogos (GUIBENTIF, 2007).

A opção pela liquidez, como metáfora, está diretamente relacionada ao fato de uma característica da realidade social ser descrita a partir de uma experiência que ocorre

em outra esfera da realidade – no mundo físico, sensorial (GUIBENTIF, 2007). Bauman relata que instituições, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades autoevidentes (2004b). Isto é, a realidade social é incapaz de deter uma determinada forma de maneira perene (tendendo à imutabilidade).

Como visto, Bauman aproveita cada uma das propriedades dos líquidos para justificar suas metáforas. Veja-se, por exemplo, os usos de fluidez, de liquidez e da leveza em *Modernidade líquida*:

A desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como “efeito colateral” não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo (p. 21).

Como os compromissos de hoje são obstáculos para as oportunidades de amanhã, quanto mais leves e superficiais eles forem, menor o risco de prejuízo. “Agora” é a palavra-chave da estratégia de vida, ao que quer que essa estratégia se aplique e independente do que mais possa sugerir. Num mundo inseguro e imprevisível, o viajante esperto fará o possível para imitar os felizes herdeiros da elite global que viajam leves; e não derramarão muitas lágrimas ao se livrar de qualquer coisa que atrapalhe os movimentos (p. 187).

No estágio líquido da modernidade, só são fornecidos arreios com zíper, e o argumento para sua venda é a facilidade com que podem ser usados pela manhã e despidos à noite (ou vice-versa) (p. 194).

Para Bauman, a escolha do termo liquidez deu-se pelos aspectos definidores mais óbvios: a incapacidade de reter sua forma e sua propensão de mudança em resposta às mais singelas interferências⁶⁷. Segundo o sociólogo, a atual condição sociocultural também guarda essa insegurança/incerteza que é comparável à precariedade dos fluidos (BAUMAN, 2011c).

⁶⁷ Para o Bauman, “[o]s fluidos são assim chamados porque não conseguem manter uma forma por muito tempo e, ao menos que sejam derramados num recipiente apertado, continuam mudando de forma sob a influência até mesmo das menores forças” (2005c, p. 57).

Vejamos na sequência, tendo desenvolvido a liquidez como conceito e metáfora em Bauman, agora é possível aplicá-la ao universo jurídico, em direção a fundamentação de um direito líquido.

Capítulo III – DIREITO LÍQUIDO: A CONTRIBUIÇÃO DE BAUMAN PARA A MUDANÇA DE PERSPECTIVA NO DIREITO

A multiplicidade de transformações expressas nos novos modos de viver, o domínio pelo mercado do espaço ocupado no Estado, a velocidade das informações, a transformação do tempo e do espaço e a liquidificação/erosão de rigidez nas estruturas – todos esses projetos, descritos por Bauman, que a modernidade líquida revela como inacabáveis⁶⁸ – demandam respostas apropriadas do direito, as quais nem sempre aparecem porque esse não acompanha, na maioria das vezes, o ritmo e velocidade do mundo.

O diagnóstico do presente realizado por Bauman pode ser sintetizado no fato de que a modernidade líquida é delimitada por três eixos demarcadores: insegurança, incerteza e falta de proteção.

Como visto, o tempo contemporâneo revelou que o ambicioso projeto modelador da modernidade sólida sofreu um colapso – pois a sociedade descobriu que não existe uma ordem perfeita e um Estado perfeito. A ficção da modernidade, que tinha a função de garantir segurança, ditar padrões e regular os indivíduos, não mais existe. Vive-se um vazio da ideia de controle, um desfazer das regras normatizadoras. Ao mesmo tempo,

⁶⁸ Segundo Bauman, “a busca perseverante e inflexível de regras, que ‘se fixarão’, e de fundamentações que ‘não se abalarão’, hauriu sua força da fé na praticabilidade e no triunfo último do projeto humano. Uma sociedade livre de contradições irremovíveis, uma sociedade que aponta o caminho, como a lógica faz, para corrigir soluções somente, pode eventualmente ser construída, dados suficiente tempo e boa vontade. (...) É a descrença nessa possibilidade que é pós-moderna, ‘pós’ não no sentido ‘cronológico’ (...), mas no sentido de implicar [...] que os longos e sérios esforços da modernidade foram enganosos, foram empreendidos sob falsas pretensões, e são destinados a terminar – mais cedo ou mais tarde – o seu curso; que, em outras palavras, é a própria modernidade que vai demonstrar além de qualquer dúvida, sua impossibilidade, a vaidade de suas esperanças e o desperdício de seus trabalhos” (2003b, pp. 14-15).

Bauman relata que vivemos a desregulamentação e privatização das tarefas e deveres modernizantes, outorgadas na modernidade líquida para as forças de mercado.

A percepção do direito, conforme concebida na tradição moderna⁶⁹, não é suficiente para lidar com esse cenário. É necessário utilizar outros aparatos de estudo para que a leitura do direito se aproxime dos anseios da sociedade contemporânea. Por essa razão é que defenderemos aqui a abordagem de Bauman a respeito da liquidez aplicada ao direito, em uma expressão que aqui convencionamos chamar de “direito líquido”.

Isso porque o direito não está isolado da vida contemporânea, o que justifica o desenvolvimento da relação do direito com a modernidade líquida. Bittar aborda semelhante pensamento ao escrever acerca do direito na pós-modernidade, uma vez que assume como pressuposto temático que essa traz seus reflexos sobre a realidade jurídica: “[i]sso torna claro a partir de uma conjuntura de indícios que tornam inequívoca a invasão dessa nova tendência cultural, e, em sentido mais amplo, essa nova tendência humana, projetando-se por sobre as dimensões do fenômeno jurídico” (2014, p. 2).

O presente capítulo almeja demonstrar que o direito é capaz de dialogar com a modernidade líquida para nela conviver, pois as ideias descritas por Bauman oportunizam a sua oxigenação. Inicialmente, verificamos a noção de ética e de moral para o sociólogo, pois, assim como Hespanha (2009, pp. 497-517), acreditamos ser importante revisitarmos a tese de Bauman a propósito do abafamento da consciência moral pelos mecanismos de objetivação – pela moral estabelecida na ética e pelo direito. A nosso ver, essa análise revela uma possibilidade de compreensão de uma dimensão “moral” do direito líquido, bem como enseja o aproveitamento oportuno para o plano jurídico das considerações do sociólogo a respeito da moral. Na sequência, averiguamos a percepção de norma e ordem

⁶⁹ Frederico Diehl sintetiza as características apresentadas por Habermas como próprias do direito moderno: “[a] razão prática é entendida como faculdade subjetiva e o indivíduo é confundido com o homem em geral. Além disso, o direito é abordado como um sistema, sendo também colocado a partir de um estado de direito. Trata-se de um direito racional, sendo pressuposta uma auto-organização jurídica de cidadãos livres e iguais. Outros caracteres distintivos são a absorção da democracia pelo direito, a positividade, a substituição da moral pelo direito, a integração com a economia (com o mercado) e com o poder administrativo-burocrático” (2012, p. 241).

para Bauman, elementos importantes para a compreensão do direito na modernidade sólida e, a partir disso, indagarmos a respeito da possibilidade de um marco conceitual do direito líquido.

Ética e moral para Bauman

Em mais uma manifestação de saturação do modelo da modernidade sólida, Bauman destaca que a maneira de se lidar com as dimensões éticas igualmente se esgotou, sendo que a autonomia moral retornou à centralidade na modernidade líquida, mas com outras características. Para ele, a atual fase da modernidade também deve ser caracterizada como a Era da Moralidade em distinção à anterior Era da Ética.

A modernidade sólida foi e teve de ser a Era da Ética e, para explicá-la, Bauman realiza analogias:

Assim como a lei precedia toda a ordem, a ética deve preceder toda a moralidade. A moralidade é um produto da ética; princípios éticos eram os meios de produção; a filosofia moral foi a tecnologia, e a pregação ética foi a pragmática da indústria moral. O bem era seu rendimento planejado; o mal seu resíduo ou um produto fora do padrão (2011d, p. 54).

Essa ética, em harmonia com as promessas do projeto racional prescritivo, que o sociólogo por muitas vezes associa a uma obsessão legislativa, apresenta dois aspectos caracterizadores. Em primeiro lugar, as instituições, Estado ou Igreja, propuseram assumir a responsabilidade moral dos indivíduos, vez que estabeleciam um padrão normativo de conduta (códigos e mandamentos), em típica regulação heterônoma. Caso fosse devidamente observado pelo indivíduo aquilo que se pode ou não fazer, a ele seria assegurada a realização de um comportamento moralmente correto. Nas palavras de Bauman é explicada essa característica condutora e prescritiva: “[u]m código que (ao contrário das estratégias religiosas de arrependimento e perdão) pudesse realmente prevenir o mal, dando ao ator uma certeza a priori em relação ao que deve ser feito, ao que deve ser deixado de lado e ao que não deve ser praticado” (2011d, p. 12). O bem foi

definido de forma clara e precisa em um projeto da razão que se propunha universal, em um código de ética erigido em substituição à escolha moral autônoma, própria da consciência moral. A modernidade sólida postulava um mundo livre, não apenas de pecadores, mas do próprio pecado e da possibilidade de erro.

Em segundo lugar, a modernidade sólida promovia aquilo que Bauman denominou adiaforização:

Tornar certas ações ou certos objetos de ação moralmente neutros ou irrelevantes – isentá-los da adequada categoria de fenômenos para a de avaliação moral. O efeito de adiaforização é alcançado pela exclusão de algumas categorias de pessoas da esfera dos sujeitos morais, ou pelo encobrimento da ligação entre a ação parcial e o efeito definitivo de movimentos coordenados, ou ainda pela entronização de disciplina procedural e lealdade pessoal no papel de critérios imperativo do desempenho moral (2011d, p. 202).

Ou, como ele afirmou em outra oportunidade, trata-se da: “isenção de uma parte considerável da ação humana do julgamento moral” (2011d, idem, p. 137). Portanto, compreendemos como adiaforização a proclamação das condutas permitidas pelas organizações como “moralmente irrelevantes”, do ponto de vista das pessoas nelas diretamente envolvidas. Separou-se a ação de seu significado moral. Bastaria que cada pessoa desempenhasse o seu dever para livrar-se de qualquer responsabilidade moral por isso, até porque essa conduta seria eticamente indiferente, nem boa, nem má, apenas correta ou incorreta.

Na modernidade líquida a condição ética entrou em crise, pois se teria deixado de acreditar que a moral dependeria de prescrições exteriores providas de instituições que dissessem o que deveria ser feito. O que se observa, dentro do contexto da atual fase, é a presença das características de desregulamentação, reciclagem, delegação ao mercado e individualização ao se tratar da moral. De acordo com Bauman:

Com a suspensão do monopólio estatal da ética (na verdade, do desejo de monopólio por parte do Estado), e com o fornecimento de regras éticas em geral privatizado e abandonado aos cuidados do mercado, a tirania da escolha retorna ao ator – embora desta vez não sobrecarregue tanto assim sua competência moral –, mas sob a forma de habilidades de compra. O ator é responsável não pelos conteúdos com que a

responsabilidade é preenchida, mas pela escolha de um código de ética dentre muitos, cada qual com o aval de especialista em esportes e/ou uma credencial de sucesso de bilheteria (2011d, p. 14).

A responsabilidade, na Era da Moralidade, é devolvida para o ator, mas para este escolher um padrão ético e não para se valer de seu instinto moral. Não há mais, igualmente, uma mente transcendental ou força mais elevada para guiá-lo na escolha. Ele foi abandonado pelos mandamentos divinos e pelo projeto da razão. O retorno não é no sentido das comunidades da modernidade líquida para as pré-modernas – ainda que exista a semelhança de ausência de códigos gerais de conduta em ambas. Esse retorno, como próprio de modernidade líquida, opera-se como regressão a um momento em que não há maneiras fixas e pré-concebidas de separar o bom do mau. O retorno é à questão da escolha moral e da responsabilidade de cada um. Veja-se que isso é possível pois tanto a ética quanto a moral determinam o que é o bem e o mal (BAUMAN, 2011d, p. 12; cf. AQUINO, 2011, p. 40).

Hespanha sumariza que Bauman apresenta sete convicções em face do fracasso da tentativa de codificar regras rígidas e universais dos deveres morais: (1) um código moral em face da ambiguidade moral é impossível existencialmente; (2) os fenômenos morais são inerentemente não racionais, não repetidos, não previsíveis – ao contrário da pretensão da codificação da modernidade sólida; (3) “a moral é inevitavelmente aporética, pois a maior parte das escolhas morais nascem de impulsos contraditórios”; (4) a moral não é universalizável, no sentido de oposição de uma estratégia dogmática holística silenciadora dos impulsos morais mais autênticos; (5) “cada um deve assumir que ‘a responsabilidade moral – ser *para* o Outro em vez de ser apenas *com* o Outro – é a primeira realidade do sujeito, um ponto de partida, mais do que um produto da sociedade”; (6) “[a]s sociedades modernas, ao degradar a responsabilidade moral, praticaram um paroquialismo ético sob a máscara de promover uma ética universal”; (7) a unidade moral pode ser pensada não como um projeto preconcebido de ética universal, ela “é o resultado da coexistência de todos nessa dolorosa tarefa comum de dar à luz, cada um por si, o sentido das suas próprias acções, bem como da compreensão por todos das condições éticas que possibilitam o êxito desse parto” (HESPANHA, 2009, pp. 504-509).

Em razão dessas constatações, Hespanha apresenta algumas proposições para o direito que ele mesmo reconhece serem incompletas e incertas (2009, p. 514). Destacamos de suas propostas que devemos diminuir as expectativas quanto à função humanizadora do direito, bem como abandonar a concepção própria da modernidade sólida de que se trata da panaceia para a solução de conflitos. Assim como visto em relação à ética, o direito tira a autonomia moral dos indivíduos, apropriando-se desses para conduzi-los.

Segundo a leitura realizada por Hespanha, por meio do pensamento moral de Bauman, o direito deve ser construído sobre o princípio da solicitude ou, ao menos, da solidariedade. O jurista português complementa que “[e]ventual solicitude do direito (nomeadamente para com os mais fracos) deve constituir um princípio cardinal do direito, princípio incorporado na nossa ordem jurídico-constitucional” (2009, p. 516), que possibilita a edificação do direito solidário, principalmente com a participação ativa dos indivíduos menos favorecidos e mais vulneráveis nessa empreitada.

De todas as conjecturas traçadas por Hespanha entendemos que uma delas mais se aproxima da nossa compreensão de direito líquido. Trata-se da “desmontagem de técnicas alienantes de ‘pensar o direito’ – generalização conceptualização, separação entre o direito e a vida (formalismo), pseudoneutralidade etc.” (2009, pp. 516-517). Com isso, ele propõe que os juristas divorciem-se de um senso comum legalista dominante para efetivamente compreender a necessidade de assumir a insuficiência do direito livre da responsabilidade moral dos juristas. Essa leitura é compatível com as ideias que Bauman apresenta a propósito da modernidade líquida, na qual a ordem é a ininterrupta modificação.

Apesar de Bauman não realizar expressamente uma distinção entre ética e direito, as suas considerações a respeito da passagem da ética da modernidade sólida para a moralidade da modernidade líquida podem iluminar a compreensão da passagem do direito da modernidade sólida para o direito da modernidade líquida. Se a fase sólida correspondia à Era da Ética e a fase líquida corresponde a Era da Moralidade, pode-se concluir que, no plano jurídico, a modernidade sólida correspondia ao legalismo e a modernidade líquida corresponde à valoração (princípios). Logo, para Bauman, o

abafamento da consciência moral na modernidade sólida deu-se tanto pela moral estabelecida, quanto pelo direito (HESPANHA, 2009, p. 503). E a modernidade líquida é marcada pelo retorno da moral, inclusive no universo do direito líquido.

Norma e ordem para Bauman

No mundo contemporâneo, face à liquidificação do Estado-nação, emerge a centralidade do mercado e também do indivíduo. A questão da individualização extrema é tratada por Bauman em *Social issues of Law and Order* (2000c), ao comparar o panóptico, de Bentham, e a prisão Pelican Bay, na Califórnia, vista como modelo de última geração em tecnologia e segurança em termos de carceragem. A partir dessa dicotomia, Bauman aborda a angústia dos membros da sociedade inseridos no contexto de modernidade líquida a respeito de suas liberdades e a forma como são tratados os membros da sociedade que não cumprem com os requisitos de ordem e norma.

Segundo Bauman, argumenta-se haver uma tendência de manutenção da ordem pelo paradigma da exclusão. Neste cenário, o estudo a propósito do instituto da prisão é interessante e emblemático. O autor defende que o papel da prisão na sociedade atual é simbólica das formas de ansiedade que caracterizam as sociedades pós-modernas (termo ainda utilizado pelo autor no momento da elaboração e publicação do texto), bem como as estratégias políticas que reafirmam estes sentimentos.

O fortalecimento do individualismo e das escolhas é filtrado pelo processo político e jurídico, e nestes âmbitos, é traduzido, no que diz respeito ao encarceramento dos foras-da-lei, como prisões em que o isolamento e a exclusão permanente são protagonistas. Identifica-se, aqui, a ideia legalista que Bauman faz de lei e norma.

O conceito de sociedade, no sentido de pertencimento ao grupo, é decorrente de uma escolha na qual, necessariamente, há uma seleção do que é aceitável ou não. De acordo com Bauman, escolher e selecionar são atividades inerentes e constantes do ser humano, bem como almejar à ordem. Sendo a ordem uma imposição decorrente de uma

escolha, é natural do ser humano a constante alteração da ordem, ou seja, da mudança dos paradigmas que regem a sociedade.

Voltando à ideia já vista, outra imposição feita pela sociedade e para a sociedade é a da norma. Ela reflete, conforme diz Bauman, o modelo da ordem conforme projetada pela conduta humana. A norma é o que conduz o comportamento de cada indivíduo da sociedade, no intuito de manutenção da ordem estabelecida (e definida pela própria sociedade).

Assim, a existência de norma e de ordem faz com que o indivíduo escolha como se portar – se de acordo com as regras estabelecidas, ou o contrário. Não agindo de acordo com a escolha da sociedade, observadas as condutas de tolerância sobre o diferente, o indivíduo é taxado como anormal, como um desvio, devendo, na lógica social, haver uma intervenção da sociedade sobre ele. No limite, esta intervenção é a prisão.

Bauman também traz a ideia de que, enquanto a ordem age diretamente, excluindo aqueles que não a obedecem por meio da imposição de determinados regimes, a norma age indiretamente, fazendo com que a exclusão seja mais vista como uma auto-marginalização. E completa: “[p]ara preservar a ordem, os poderes da desordem devem ser desempoderados. Para que a observância da norma seja respeitada, aqueles que a desrespeitam devem ser punidos. Ou, melhor, devem ser excluídos” (BAUMAN, 2000c, p. 207).

Essa estratégia – o confinamento dos que não se enquadram – sempre foi utilizada. Como lembra o autor, esta foi a ferramenta usada com escravos, portadores de hanseníase, loucos, de procedência étnica ou religiosa diferentes etc. Alternativamente, ao ser permitida a sua circulação entre os demais, obrigatoriamente deveriam usar símbolos para que fossem facilmente reconhecidos e, assim também, excluídos.

Bauman relembra que o propósito do panóptico de Bentham era a vigilância constante, com o intuito de que os presos seguissem uma certa rotina. Ao contrário, a prisão de Pelican Bay, na qual há o isolamento total dos presos, inclusive com contatos mínimos e esporádicos com os guardas, não há intenção nenhuma de que haja rotina.

Contanto que os presos fiquem dentro das suas células e não incomodem a sociedade, isso é suficiente. É um sistema de total exclusão e segregação, não um lugar em que se desenvolvem tarefas e rotinas de maneira disciplinada. O autor completa: “[e]m uma sociedade na qual a compressão tempo/espço é a imobilidade forçada, o que a prisão de Pelican Bay traz, de uma maneira quase perfeita, é a técnica da imobilização” (BAUMAN, 2000c, p. 212).

A imobilidade forçada é entendida como a condição de estar amarrado a um local e não lhe ser permitido sair (BAUMAN, 2000c, p. 216). Esta situação, na sociedade atual, globalizada e líquida, é vista com péssimos olhos e desespero. A pura proibição de mover-se é o que, segundo Bauman, torna essa condição especialmente ofensiva, “sendo um símbolo potente de impotência e incapacidade” (2000c, p. 217).

Por fim, o sociólogo defende que, em um mundo globalizado, a elite global goza de farta vantagem em relação à ordem. A ordem, segundo ele, é local, territorializada. A elite e as leis que o livre mercado obedece, por sua vez, são o contrário. Sendo assim, se a ordem local for insustentável, é sempre possível, para esses atores, moverem-se em torno do globo. Esse é o significado da globalização da elite: mobilidade – que, por sua vez, é a habilidade de escapar e evadir:

Se a nova extraterritorialidade da elite é como uma liberdade intoxicante, a territorialidade do resto é como uma prisão. As ondas atuais em políticas carcerárias refletem o último cenário, por mais que seus horizontes sejam expandidos. Pode parecer que o que o Vale do Silício fez para o mundo dos computadores conectados, a prisão de Pelican Bay talvez tenha feito para a vida futura de multidões que falharam em se globalizar, ou foram excluídas da globalização (BAUMAN, 2000c, p. 221).

Tal ênfase na mobilidade é o que justifica o horror do mundo líquido ao encarceramento. A prisão atua, assim, como um dos elementos distintivos para a delimitação da ordem e da norma, que servirão de elementos de reflexão para a possibilidade de emergência de um direito líquido.

Direito líquido? Liquidez e solidez aplicados ao direito

Apresentado o arcabouço teórico de Bauman em relação à ordem e à norma, importante agora questionar e refletir se há espaço para afirmar que no mundo social contemporâneo o direito merece ser descrito como líquido, bem como esboçar qual seria um possível significado de direito líquido.

Optamos em usar a liquidez e solidez como conceitos descritivos, ou seja, como ferramentas para observar o direito no mundo social de hoje – conforme observado no capítulo I desta parte. O trabalho de Bauman, em que pese não estabelecer um diálogo direto com teorias jurídicas, enfrenta temas intimamente ligados ao direito – tais como, normatização, controle, ordem, organização, próprios também das ciências sociais –, propondo uma leitura por uma perspectiva diferente. Não se buscam conceitos no sentido próprio da modernidade sólida, como a descrição de uma natureza fixa e imutável.

Direito na modernidade sólida

Deve-se, inicialmente, verificar que Bauman compreende norma e lei (sem distingui-las) em função de ordem – como a forma aperfeiçoada de convívio humano. Num espaço ordenado, nem tudo pode acontecer. E é

O espaço ordenado que é governado pela norma, que é uma norma exatamente à medida que proíbe e exclui. A lei se torna lei quando exclui do domínio do permitido os atos que seriam autorizados se não fosse a presença da lei – e de atores que teriam autorização de viver no estado de anarquia (BAUMAN, 2005c, p. 43)⁷⁰.

⁷⁰ Lembra Tercio Sampaio Ferraz Jr. que o legalismo foi uma exigência política e econômica, pois a Revolução Industrial exigia respostas mais prontas do direito (2001, pp. 74-75). Norberto Bobbio, em *Teoria geral do direito* (2010), apresenta uma teoria do direito como norma. Para ele norma é regra de conduta, que dirige ações das sociedades e dos indivíduos. Porém destaca que direito não é igual a norma, mas parte do gênero norma, parte notável e bem visível desse gênero (BOBBIO, 2010, p. 4). Destaca-se: “[p]ode-se imaginar a história como um imenso mar de gente fechado com diques: os diques são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que mantiveram a corrente das paixões, dos interesses e

Há, nessa leitura de Bauman, uma forte carga da ideia de organização determinada pela legalidade. Para ele, toda realidade encontra fundamento na norma: “[a] *norma precede a realidade*. A legislação precede a ontologia do mundo humano” (idem, itálico no original). Assim, como visto, a norma está relacionada aos fatores de planejamento e previsibilidade, à ideia de padronização controladora e modeladora. Sua universalidade é encontrada no fato de definir o que está incluído, e consequentemente o que está excluído. A inclusão do excluído na universalidade se dá pela própria exclusão. Com essa proposta, as regras normatizadoras asseguram que os indivíduos possam realizar as escolhas corretas e se afastarem da ambivalência e da dúvida que sempre os acompanha. As normas asseguram uma certeza de existência de uma ordem justa, de um Estado bom e de uma sociedade sem conflitos, em suma, todos perfeitos.

A crítica que Bauman severamente constrói a partir dessa leitura é de que

A lei limita sua preocupação com o marginalizado/excluído para mantê-los fora do domínio governado pela norma que ela mesma circunscreveu. A lei atua sobre essa preocupação proclamando que o excluído não é assunto seu. Não há lei para ele. A condição de excluído consiste na ausência de uma lei que se aplique a ela (BAUMAN, 2005c).

A liquidez desenvolvida por Bauman descreve as transformações que o poder viveu no momento em que a modernidade via a desintegração das instituições das sociedades e de seus dogmas da racionalidade científicas e do poder soberano. Para o autor, não só as comunidades, identidades e instituições se tornaram precárias, mas o próprio poder está cada vez mais evasivo e desconcentrado.

Em *Legisladores e intérpretes*, Bauman relata que as antigas capacidades controladoras próprias da pré-modernidade perderam sua densidade e entraram em

dos instintos dentro de certos limites e permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com suas instituições e seus ordenamentos, que chamamos de ‘civilização’” (idem). Entretanto, conforme Bobbio explica no mesmo livro, contrapondo a concepção de direito como norma, a ideia de ordem é própria da teoria do direito como instituição – que defende a existência de três características no conceito de direito: a noção de sociedade, a noção de ordem e a noção de organização (BOBBIO, 2010, p. 20). Portanto, ainda que involuntariamente, observa-se que a concepção de direito assumida por Bauman transita entre a teoria normativa e a teoria da instituição.

falência com a desarticulação da vida comunal, causada pela explosão demográfica repentina e pelas migrações desenfreadas (2010b). O poder disciplinar não pôde mais ser exercido pela comunidade, por meio dos métodos tradicionais. Era necessário um agente novo, mais poderoso, capaz de projetar, organizar, gerenciar e acompanhar conscientemente o novo problema. Esse novo poder estatal almejava modelar e administrar o sistema social segundo um estilo preconcebido de ordem.

Esse agente era o Estado, que definiria novas noções legais, mapearia novas áreas de seu interesse e responsabilidade legal e inventaria novas medidas punitivas. O autor relata que, nos séculos XVI e XVII, na França e na Inglaterra, viveu-se uma atividade legislativa febril, voltada ao combate contra as novas “classes perigosas” (idem, p. 67). Como já visto, o projeto da modernidade trouxe a crença de que o Estado conseguiria legislar, organizar e regulamentar, construindo um novo sólido perene e duradouro, virtualmente justo, bom e livre de conflito.

Na modernidade sólida, a grosso modo, eram definidos como intelectuais um conjunto heterogêneo de pessoas (romancistas, poetas, artistas, jornalistas, cientistas e outras figuras públicas) que se viam no direito de influenciar e interferir diretamente no processo político para moldar as ações do Estado, bem como definir a ideia coletiva da verdade, dos valores morais e dos juízos estéticos (BAUMAN, 2010b). De acordo com a tese de Bauman, o papel dos intelectuais residia na atuação como “legisladores”, metáfora que evoca a ideia de fazer afirmações autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões escolhendo aquela que seria a correta e padrão.

Essa autoridade seria legitimada pelos excepcionais conhecimentos que os intelectuais teriam acesso – o que os faria superiores aos demais membros da sociedade, pessoas comuns. Trata-se de conhecimentos que adquiriram e provaram a toda sociedade em sua respectiva prática profissional. São, segundo Bauman, “os guardiões da verdade e da objetividade, condição que eleva seus olhares acima do plano dos interesses restritos de grupo e dos preconceitos partidários” (2011d, p. 300). Teriam eles o direito de utilizar essa deferência pública para dar suporte à sua posição nos assuntos públicos de interesse e preocupação gerais. Em suma, detêm um poder capaz de ser contraposto ao poder de

políticos eleitos. E eram aqueles que detinham a capacidade e o dever de agir como a “consciência coletiva” dos Estados-nações.

Na modernidade sólida, portanto, é que o direito foi, durante muito tempo, considerado como um dos principais instrumentos de atividade do Estado. Tradicionalmente, dentro da teoria dogmática dominante do positivismo jurídico, o direito é visto como e associado com os ideais de ordem, previsibilidade, segurança, confiabilidade, imutabilidade, com a noção de um arcabouço institucional sólido, estável e duradouro (Estado-nação), por meio de promulgações de constituições⁷¹. Esse conceito clássico e legalista de direito muitas vezes é interpretado como “uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político” (BASTOS, 2010, p. 40). Portanto, as características de solidez, rigidez e estabilidade tendem a ser evocadas como descritivas e próprias da corrente dominante da teoria do direito no século XX. Ademais, com o positivismo, a lei se tornou a única fonte do direito – em manifesta proposta de clausura, pois apenas o Estado detinha o poder de fixar e formular as normas obrigatórias⁷².

A teoria jurídica da modernidade sólida é pautada pela lógica, visando a estabilização de condutas descritas pelas normas de um ordenamento jurídico positivado, sendo necessário um poder de coerção para garantia da ordem social. O Estado se propôs, assim, a substituir o espaço deixado pelo controle deficitário pré-moderno, construindo normas de conteúdo completo. E esse cenário jurídico bem se associa à estratégia de trabalho intelectual como legisladores – proposta por Bauman.

Bauman é quem reconhece essa situação própria da visão positivista dominante da modernidade sólida:

⁷¹ A esse respeito: “[s]e perguntarmos-nos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição vamos encontrar uma só resposta: a regulação jurídica do poder. Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida a ele, a sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que acabam por conformar o Estado e a sociedade” (BASTOS, 2010, p. 37).

⁷² Para tanto, conferir BOBBIO, 1995, pp. 131-ss.

Na prática dos legisladores, as *fundamentações* significavam os poderes coercitivos do Estado que tornavam a obediência às regras expectativa sensata; a regra era “bem fundada” na medida em que gozava do suporte desses poderes, e fortalecia-se a fundamentação com a eficácia do suporte. (...) Tudo por tudo, a busca perseverante e inflexível de regras, que “se fixarão”, e de fundamentações que “não se abalarão”, hauriu sua força da fé na praticabilidade e no triunfo último do projeto humanista. Uma sociedade livre de contradições irremovíveis, uma sociedade que aponta o caminho, como a lógica faz, para corrigir soluções somente, pode eventualmente ser construída, dados suficiente tempo e boa vontade. O planejamento certo e o argumento final podem, devem e hão de ser encontrados (BAUMAN, 2003b, pp. 14-15, *itálico no original*).

A questão que se impõe é verificar, em face disso, como o direito consegue lidar com seus paradigmas. Antes, deve-se refletir se esses cânones jurídicos modernos não estão a, ou exigem, serem repensados e redefinidos.

É na modernidade sólida que também se constrói, como já mencionado, a figura do Estado de bem-estar. Bauman destaca que ele, desde o início, comporta uma sensível contradição: buscou associar liberdade e segurança, dois valores desejados para uma vida satisfatória, mas que, segundo Sigmund Freud, mencionado por Bauman, se relacionaram na história da civilização em alternância: segurança só pode ser ampliada ao se abrir mão da liberdade; e, quanto maior a liberdade, menor a segurança (BAUMAN, 2010c). A presunçosa noção de Estado de bem-estar foi concebida para quebrar essa regra.

Esse Estado de direito, com sua regulação normativa, deveria proteger todos os membros da sociedade contra riscos de vida e infortúnios sofridos pelo indivíduo. Os riscos individuais foram “socializados” para que o Estado tivesse a responsabilidade de garantir suas reduções. E o Estado de bem-estar deveria assim fazer por promover o princípio do seguro coletivo comunitariamente endossado contra o infortúnio individual e suas consequências⁷³. É a aplicação desse princípio que elevaria a sociedade ao plano

⁷³ Bauman explica: “[é] esse princípio – declarado, posto em funcionamento e considerado digno de confiança em seu funcionamento – que eleva a ‘sociedade imaginada’ ao plano de uma comunidade ‘real’ – ou seja, percebida e vivida de maneira tangível. Assim, substitui (para usar termos de John Dunn), a

de comunidade, vez que efetivamente protegeria seus membros da indignidade na modernidade sólida: ser excluído, por força da pobreza.

A fase sólida do direito, entretanto, não mais subsiste. O divórcio entre o poder e a política – dupla da qual se esperava que compartilhasse as fundações do Estado-nação – é uma das mudanças de curso que cria um ambiente novo sem precedentes para o direito. Ainda, de acordo com Bauman, os tempos líquidos produziram um paradoxo da regulação social: em determinados setores, como na economia, constata-se a “ausência do Estado”, que opta por uma regulamentação líquida nessa seara, e em outros, como nas instituições do Estado de bem-estar, preserva uma super-regulamentação, sólida, na qual a temática tem sido redefinida como uma questão de lei e ordem.

Há uma tendência de “criminalização” não só da pobreza, mas da vida daqueles que eram considerados na modernidade sólida como “peças sobressalentes” da sociedade: os operários desempregados e soldados reservistas⁷⁴. Estes eram necessários para garantir que o trabalho não fosse interrompido, visto que poderiam entrar em operação repentinamente. Mas com o passar do tempo, com o distanciamento dos paradigmas das conquistas territoriais e da indústria de massa, os pobres perderam seu espaço na sociedade e sua função.

‘ordem do egoísmo’, que gera desconfiança e suspeita, pela ‘ordem da igualdade’, que inspira confiança e solidariedade. É o mesmo princípio que eleva os membros da sociedade ao status de cidadãos, ou seja, torna-os parte interessada, além de acionistas – beneficiários, mas ao mesmo tempo agentes responsáveis pela criação e a decente distribuição de benefícios; cidadãos definidos e movidos pelo interesse premente na propriedade em comum da rede de instituições públicas (e pela responsabilidade sobre ela) em que se pode confiar para assegurar a solidez e a retidão da ‘apólice coletiva de seguros’ emitida pelo Estado” (2010c, pp. 56-57).

⁷⁴ Nas palavras de Bauman, “[a] sociedade de produtores media sua força pelo número de homens fisicamente aptos a enfrentar os desafios no chão da fábrica e no campo de batalha, e de resistir a eles. Mesmo quando não estavam na ativa (operários desempregados, reservistas do Exército), tinham de se mostrar sempre prontos para se juntar às fileiras caso sua força trabalho ou de combate fosse necessária: então, deviam ser alimentados, vestidos, calçados – era preciso que gozassem de boa saúde e vivessem em condições dignas que lhes permitissem ter e manter esse quadro saudável” (2010c, p. 51).

A nova indústria libertou-se da mão de obra humana, assim como os exércitos. E a questão do bem-estar passa a ser um desafio para o controle do Estado, que deve manter os pobres controlados, vigiados e disciplinados⁷⁵. Bauman é categórico ao afirmar que as instituições promotoras do bem-estar “são muito mais veículos de exclusão que de inclusão; são ferramentas para manter os pobres (isto é, os consumidores falhos numa sociedade de consumidores) fora, e não dentro” (BAUMAN, 2010c, p. 52). A modernidade líquida deságua em um discurso em que a cultura dos direitos dos cidadãos é menosprezada como uma cultura assistencialista – estigmatizada de maneira negativa – de uma pequena minoria dos não-empregáveis e dos inválidos, incapazes de participar do mercado.

Direito na modernidade líquida – traçando características

Em oposição à solidificação própria da primeira fase da modernidade, a fase atual revela que inexistem modelos, inexistem conceitos. Agora, a única certeza é a mudança perpétua (único aspecto “sólido” na modernidade líquida). Invertendo o papel que os intelectuais exerciam na modernidade, o mercado foi promovido ao posto de principal esteio da liberdade.

A função moderna do poder coletivo antes desempenhado pelos intelectuais foi liquefeita. Nesse cenário, os intelectuais deixam de atuar como “legisladores” e passam a trabalhar como “intérpretes” – metáfora que Bauman utiliza para a função de traduzir afirmações e facilitar a comunicação entre participantes da sociedade, que não mais são ordenados e atuam de maneira autônoma. A glória histórica que os intelectuais viveram estava vinculada a outros fatos da modernidade sólida que se extinguíram: as grandes

⁷⁵ Nesse sentido, em *Tempos líquidos*, Bauman registra: “[u]m dos aspectos mais decisivos da mudança no tratamento dispensado aos ‘internamente excluídos’ (agora rebatizados de ‘subclasse’) se revelou relativamente cedo e tem sido desde então amplamente documentado: a passagem do modelo de um ‘Estado social’ de uma comunidade inclusiva para um Estado ‘excludente’, da ‘justiça criminal’, ‘penal’ ou do ‘controle do crime’” (2007b, p. 55).

utopias da sociedade perfeita, dos projetos de engenharia social global, da busca de padrões universais de verdade, justiça e beleza (BAUMAN, 2011d). Vive-se, na modernidade líquida, o declínio daquela ilusão da ordem justa, do Estado bom e da sociedade sem conflitos.

Nesse sentido, uma consequência para o direito está no questionamento que se refere à confiança nas instituições. Fato é que o direito historicamente é identificado como uma das “poucas instituições, se é que restou alguma, das quais se possa esperar, com confiança, que durem mais que o necessário para se realizarem planos mais ousados de longo alcance” (BAUMAN, 2011a, p. 90). Portanto, são instituições, tais como aquela que aqui será destacada, o Tribunal Constitucional, que devem ser adequadamente compreendidas para que se entenda o que seria um direito próprio à modernidade líquida.

Todavia, as qualidades da liquidificação no direito devem ser verificadas, o que certamente acarreta alterações na confiança e na própria relação entre indivíduos, sociedade e instituições. Deve-se lembrar que Bauman não defendeu que a modernidade sólida é melhor do que a modernidade líquida, ou seja, não há uma leitura valorativa. Trata-se de novas compreensões de um direito em transição. Questiona-se isso, pois as novas instituições líquidas tenderiam a nascer com os estigmas de transitoriedade e precariedade, o que dificulta sua conceituação.

Qual o impacto disso? No direito, a precariedade não necessariamente pode ser avaliada como ruim. Os dogmas da segurança jurídica, coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido e seus papéis no imaginário jurídico encontram-se em cheque, caso ainda não tenham se corroído, transformando-se em algo novo. Mas a descrição do desmantelamento do Estado de bem-estar que Bauman faz revela que esses alicerces

sobre os quais o poder de Estado edificou-se na modernidade sólida, de combate à vulnerabilidade e à incerteza, foram destruídos⁷⁶.

Hoje a ordem contemporânea que caracteriza toda a dimensão social manifesta-se no desapego, na provisoriedade e na individualização. Em face das características da modernidade líquida (incerteza, insegurança e falta de proteção) o que pode ser compreendido como direito líquido deve revelar uma capacidade de adaptação aos desafios que se encontram nesse contexto. A partir das já citadas desregulação e privatização de tarefas e deveres modernizantes, próprias da incerteza do futuro da sociedade e dos indivíduos, o direito líquido deve desenvolver os atributos de velocidade, mobilidade, flexibilidade, não para voltar a estabelecer padrões modeladores de condutas do indivíduo, mas sim para auxiliá-lo a encontrar maneiras de se manter nesse movimento da modernidade pautado pela destruição sem reconstrução de novos sólidos.

Será com o direito líquido que os indivíduos conseguirão se situar no mundo inseguro e ambivalente de hoje, no qual as contradições não foram eliminadas – conforme propunha o projeto da modernidade sólida.

Direito líquido e mudanças no direito

Faz-se crucial especificar quais são os indicadores capazes de revelar se o direito contemporâneo, em especial o direito constitucional, objeto de análise desta tese, apresenta-se como sólido ou líquido, ou ainda, se se apresenta como sólido e líquido, dependendo apenas das forças a que estão submetidos. Essa discussão deve ser travada não somente em termos abstratos e gerais, mas separadamente em relação a aspectos

⁷⁶ Nas lições de Bauman: “[o] crescimento observado da apatia política, da perda do interesse e do compromisso políticos (‘não há mais salvação pela sociedade’, na famosa frase de Peter Drucker), o aumento do descaso em relação à lei, a multiplicação de sinais de desobediência cívica (e não tão cívica) e, por último, mas não menos importante, a redução maciça da participação do povo na política institucional – todos esses são testemunhos da destruição dos alicerces do poder de Estado” (2005c, pp. 67-68).

particulares do campo jurídico, onde podemos encontrar elementos seguros para o desenvolvimento da interpretação, objeto da parte III desta tese.

No direito de herança positivista a mudança legislativa cumpre, no imaginário social, a função de inovação. Está arraigado o conceito de que, para mudar a sociedade, deve-se alterar a lei ou criar outra lei (GUIBENTIF, 2007). Mas a mudança jurídica não se restringe a esse senso comum positivista, que não observa o fato de que o direito é dotado de outras dimensões estruturais.

A presente tese adota como pressuposto que a mudança no direito está relacionada com as possibilidades de transformação em sua tríplice dimensão (estrutural ou institucional, substancial ou material e cultural), conforme exposto por Lima Lopes em *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito* (1997). Lima Lopes mobiliza a proposta de Lawrence Friedman para defender que os impactos ocasionados por mudanças sociais ocorrem nessas três dimensões do direito.

Entende-se o componente estrutural ou institucional como a organização burocrática, o aparelho de produção e aplicação das normas jurídicas. Em outras palavras, as diferentes formas de organização política de um poder monopolizado pelo Estado. A título de exemplo, pode-se citar a existência de uma constituição, da divisão de poderes entre legisladores, executores e juízes, de tribunais com funções específicas (LIMA LOPES, 1997, p. 77).

Já ao componente substancial ou material correspondem leis, regras, princípios, decretos, doutrinas e todas as normas em vigor independentemente de seu status formal. Esse elemento, que também pode ser denominado de normativista, para muitos constituiria a totalidade do direito: o conjunto de normas instituídas pela autoridade.

O componente cultural é constituído pelas atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade inteiramente considerada. Engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. Trata-se da dimensão que observa como se

preparam aqueles que lidam com o direito profissionalmente e o que os cidadãos comuns pensam do direito.

Essa distinção facilita a compreensão de que as alterações podem ocorrer em todos os três elementos, de modos diversos, por combinações e fatores variados, em ritmos também diferentes (LIMA LOPES, 1997, pp. 77-78). Assim, tal compreensão dimensional do direito determina que os três componentes devem ser observados em conjunto. Isso posto, na atualidade, as formas de mudança legislativa não se limitam a uma única referência (ao Poder Legislativo), e tampouco se limitam ao complexo sistema jurídico criado pelo Estado. Ao contrário, têm como fontes importantes normas que ultrapassam as fronteiras dos Estados-nações, ou mesmo aquelas criadas por entidades reguladoras ou agentes privados relevantes, ora por meio de normas específicas (tais como códigos de conduta), ora por meio de arranjos contratuais.

Além de normas, outras instituições têm se revelado como fontes produtoras de direito. Acerca do tema constitucional, inquestionável que a hermenêutica se mostra como medida para possibilitar um enfrentamento da incompletude normativa revelada na modernidade líquida. O direito constitucional contemporâneo, assim, revisita a ideia de interpretação para a adequação ao cenário da modernidade líquida.

Logo se vê que o conceito de liquidez proposto por Bauman encaixa-se neste cenário jurídico atual, em que as normas e regras jurídicas estão sujeitas a alterações frequentes, podendo ser também eliminadas ou consideradas de menor ou nenhuma importância. As fontes jurídicas, portanto, não se limitam à legislação estabelecida pelo Estado, mas consideram, primordialmente, normas específicas (contratos, diretrizes internas, programas, entre outros) criadas por entes que participam da sociedade. Há, assim, uma fluidificação do “fazer o direito”, aproximando o direito líquido da *soft law*⁷⁷.

⁷⁷ Para Salem Nasser há duas fontes de produção de *soft law* internacional: “os instrumentos normativos não obrigatórios que resultam da atividade dos grupos de Estados que se reúnem em estruturas quase

Mas para além disso, o que a liquidez revela é que o saber jurídico – como os demais saberes – passa por uma transformação e uma emancipação do ideal legalista⁷⁸. Essa ideia pode ser relacionada ao relato de Bauman de que grande parte do poder de agir efetivamente, concentrado no Estado moderno sólido, agora se afasta do Estado na direção de um espaço global politicamente descontrolado, pois a política é incapaz de operar na dimensão planetária (2007b, p. 8). E esses poderes “emancipados do Estado” tornam-se fontes de incertezas sociais, além de causarem uma apatia dos cidadãos em face das instituições políticas e de seus empreendimentos. Vive-se uma crise de legitimidade.

Para Guibentif, naturalmente, esse processo pressupõe o questionamento, a relativização da concepção clássica de segurança jurídica (2007). Mais normas, mais específicas, mais complexas, menos estatais, tornam o ordenamento jurídico um emaranhado difícil e frágil, e em constante alteração. O desafio, então, constitui-se em interpretar e lidar com essa contraposição – ou, às vezes, justaposição – entre o sólido e o líquido: sua interação, variação de intensidade da liquidez ou solidez, a relação entre essas variações e, ainda, a possibilidade de agir socialmente conforme o nível de solidez e liquidez dos elementos jurídicos.

A descrição da modernidade líquida de Bauman revela que o divórcio entre poder e política levou os órgãos do Estado a abandonarem e transferirem, no sentido de “terceirizar”, um volume crescente de funções que desempenhavam anteriormente. Abandonadas, passaram a ser diretamente conduzidas pelas forças do mercado, pela iniciativa privada e pelos indivíduos, o que inegavelmente acarreta transformações para

institucionais mas que não são propriamente organizações internacionais dotadas de personalidade jurídica” (2011, p. 121); e os instrumentos (normas, padrões e orientações) produzidos pelas organizações internacionais criadas pelos Estados-nação com finalidades específicas, não dotados de força vinculante (idem).

⁷⁸ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso afirma que “[u]ma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da benção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos” (BARROSO, 2001, p.10).

o direito. O centro de interesse passa do legislador para o intérprete (sem que o direito posto seja renegado), que é capaz de lidar com a indeterminação do direito não somente no momento da produção da norma, mas também no momento da sua aplicação.

Há um marco conceitual do direito líquido?

A dificuldade de se estabelecer um marco conceitual do direito líquido revela-se tanto no fato de se tratar de uma ideia inovadora, quanto pela própria aversão do mundo líquido aos conceitos estanques e imutáveis. Não há um acúmulo de conhecimento apurado, vez que se encontra em processo de construção, o que nos permite apresentar aqui os elementos que o caracterizam, em busca de uma clarificação. Assim, conforme temos feito ao longo deste capítulo, mobilizamos as proposições de Bauman para estabelecermos quais seriam as qualidades da liquidez no direito.

Reitere-se que o próprio Bauman não se preocupou em sua obra com conceituações, exigindo que seu leitor percorra seus textos, colhendo ideias, para que edifique conceitos pessoais. Assim, o sociólogo assume uma proposta de sintetizar problemas da sociedade para que outros reflitam a propósito dos mesmos. Ele expressamente afirma que, muitas vezes, não encontra ou traz respostas depuradas para os problemas relatados, até porque essa não é sua proposta.

Para Bauman, a transição da modernidade sólida para a líquida ocorre em função de dois fatores: o declínio da ilusão, sólida, de que existiria uma ordem, um Estado e uma sociedade perfeitas, e a desregulação e privatização das tarefas e deveres modernizantes. Portanto, há um vazio normativo, em um sentido para além do jurídico – de inexistência de diretrizes estatais aos indivíduos, que traz mais liberdade a estes. Todas essas mudanças sociais exigem a relativização de conceitos, o que se faz aqui com a proposta do direito líquido, cujas características centrais definidoras sintetizamos abaixo.

Em primeiro lugar, a noção de direito permeado pela liquidez está em constante construção e modificação, é aberta, nos termos de Bourdieu⁷⁹ já apresentados. Isso se dá numa proposta de abandono, no plano do direito, da ortodoxia, em sentido de autonomia, liberdade, autoconsciência e compreensão, como manifestações da possibilidade de mudança. A única certeza em relação aos conceitos líquidos é que eles estão em permanentes transformações, e no direito devem ser dotados de capacidade para lidar com a indefinição do futuro da sociedade e do indivíduo.

A segunda característica do direito líquido, decorrente da leitura da obra de Bauman, é a capacidade de adaptação aos desafios que se encontram na sociedade contemporânea, marcada pela tríplice incerteza, insegurança e falta de proteção. É com essa particularidade que o cenário descrito de desregulação e ambivalência do mundo de hoje poderá ser enfrentado pelo direito líquido com agilidade, renovando a possibilidade social do direito por meio de transformações.

Um terceiro atributo, desdobramento dos anteriores, é a pluralidade das fontes jurídicas do direito líquido. Os entes que participam da sociedade assumem a possibilidade de contribuírem na modificação do direito ao longo do tempo, em razão dessa não rigidez já elencada, contribuindo para que o direito se desenvolva de acordo com a velocidade, mobilidade e flexibilidade exigida e lide com a ambivalência da sociedade.

Assim, o direito líquido pode ser conceituado a partir de suas características de propensão de mudança em resposta a qualquer interferência sócio-cultural, estando apto a compreender o fluxo incessante da realidade, não se preocupando em reter sua forma.

Por fim, nos valendo da compreensão de ética e moral de Bauman, verificamos que o direito líquido deve responder a necessidade de busca de valores, retomando a consciência moral que foi sufocada na modernidade sólida. Em que pese não ser dotado de forma definida, isto é, de um conceito, acreditamos na existência de uma dimensão

⁷⁹ Cf. BOURDIEU, 2004, p. 56.

moral do direito líquido. Assim, devemos pensá-lo de acordo com princípios relevantes e diretivos – tal como proposto por Hespanha ao evocar os princípios cardinais da solicitude e da solidariedade. Esse universo global, ao retirar o Estado da função em que se baseavam suas reivindicações de legitimidade, como já explicado na introdução do capítulo I da seção I, volta a colocar a questão da legitimidade em aberto. O consenso não pode ser reconstruído como era: “mediante a garantia de proteção constitucional contra os caprichos do mercado, famoso por dilapidar as posições sociais e por sabotar os direitos à estima social e à dignidade pessoal” (BAUMAN, 2007b, p. 21). Bauman revelou a atual crise de legitimação, afirmando ser necessário procurar com urgência uma alternativa.

Dessa feita, passemos agora a relacionar as características da resiliência com vistas a determinar como seria uma possibilidade do direito na modernidade líquida, ou seja, a resiliência no direito e, posteriormente, a resiliência constitucional – elementos que possibilitarão a construção da ideia de tribunal constitucional resiliente.

PARTE II – A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL

A descrição do mundo contemporâneo feita por Bauman é explicitamente identificada e sentida pela sociedade como um conjunto de mutações que vêm sendo provocadas em suas diversas dimensões econômica, política e jurídica⁸⁰. Como visto, a fase atual da modernidade liquidifica os conceitos em que se alicerçou a modernidade sólida, sobre os quais se conceberam inclusive as regras jurídicas.

Vimos que Bauman apresenta relato e análise do cenário contemporâneo escorado na noção de liquidez. Ao mesmo tempo que revelou a precariedade e instabilidade das relações sociais, ao identificar como fragmentadas, não duradouras, incertas e inseguras, a ideia de liquidez possibilita a mudança de acordo com a necessidade que se apresenta. Veja-se que, nesse contexto, ambivalência, incerteza, contingência e imprevisibilidade se revelam ao direito líquido como catalizadores de inovações. Dadas as mudanças operadas pela modernidade líquida e a ideia de direito líquido, deve-se pensar em situações de adaptabilidade e adequação.

A realidade retratada por Bauman faz que se questione se a concepção dogmática e hegemônica de direito como um ordenamento jurídico positivo-formalista está preparada para enfrentar desafios mais complexos. Mais do que isso, a questão central é verificar se o direito, e em especial o constitucional, está disposto a repensar seus mecanismos de reforma e, conseqüentemente, de interpretação. Para tanto, uma possibilidade pode ser encontrada na noção de resiliência.

Em um momento no qual o direito vive uma reconstrução por meio de teorias como o neoconstitucionalismo, que buscam superar insuficiências de seus paradigmas

⁸⁰ Deve-se registrar que os impactos da modernidade líquida descritos por Bauman nas dimensões religiosa e educacional não foram aqui objeto de estudo, mas são tratadas pelo sociólogo em diversas obras. Para a abordagem educacional, ver BAUMAN, 1977; 1999b; 2001; 2003b; 2010b e 2011b. Para a questão da religião, ver BAUMAN, 1977, 1997, 2003a, 2004a, 2005b, 2007b e 2008c.

tradicionais, a resiliência conversa com a proposta de que os instrumentos jurídicos não sejam determinados e fechados em si, mas que tenham suas potencialidades abertas e apontando em direção aos valores dos direitos fundamentais. Portanto, a situação de crise descrita por Bauman também traz a possibilidade de mudança. E essa mudança pode ser discutida pela ideia de resiliência.

A postura em relação à mudança se dará com instrumentos diferentes daqueles com que o legalismo está acostumado a operar. Devem-se construir interpretações jurídicas por meio de novos saberes para além de uma teoria constitucional tradicional. E esse saber deverá levar em conta a complexidade do direito e da política relatada pelos teóricos vistos nos capítulos anteriores. Assim, a ideia de resiliência se apresenta como um caminho possível para um direito que seja apto a enfrentar as provas que a sociedade contemporânea constantemente lhe impõe, pois viabiliza uma leitura compartilhada e mutuamente constitutiva entre direito e sociedade. As diversas possibilidades semânticas de resiliência e suas perspectivas para o direito são apresentadas no capítulo I desta parte.

Resiliência, tal como o direito líquido, colabora com a relativização dos dogmas da segurança jurídica, coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido, vez que o direito passa a ser lugar também da contingência. Nesse sentido, valendo-se do instrumental teórico de Bauman, a reflexão apontará que a resiliência desloca o direito da fase sólida da modernidade para a líquida, contribuindo com o esforço de retirá-lo do conforto dogmático e solipsista de bases positivistas, encaminhando-o para uma ampliação de seus limites. Dentro dessa proposta, o capítulo II trabalhará a ideia de resiliência constitucional. Serão apresentadas concepções que estudos jurídicos fizeram dessa ideia, indicando suas similitudes e diferenças. Com base nesses, defenderemos que a resiliência constitucional permite que o texto constitucional se reestruture para atender as demandas sociais sem abjurar sua vocação moderna de permanência⁸¹, bem como os limites constitucionais democraticamente estabelecidos.

⁸¹ Para a tese de permanência como inspiradora do constitucionalismo moderno, ver *Permanência e mudança na Constituição*, de Raul Machado Horta (1992).

Capítulo I – A RESILIÊNCIA E O DIREITO: COMO O DIREITO PODE MUDAR E PRESERVAR-SE AO MESMO TEMPO?

A relação entre resiliência e direito não é tão consolidada como ocorre em outras áreas do conhecimento. Para que possamos apresentar a ideia de resiliência no direito, importante definir primeiro o que é resiliência para esta tese – limitando assim o ponto de observação a partir do qual serão construídas as propostas seguintes.

Considerações iniciais acerca da resiliência

Conceituar não é tarefa simples, vez que a resiliência deve ser observada por múltiplas perspectivas e abordagens. Não se trata de uma noção permeada de certezas e objetividade, o que dificulta a tarefa de identificar, descrever e classificar os seus elementos e aspectos.

A resiliência é provida de um grau de complexidade que não permite reducionismos para sua compreensão. O que se almeja na presente tese não é restringir as possibilidades de sentido, mas reunir características comuns e próprias das diversas abordagens e acepções de resiliência para encontrar uma definição aplicável ao direito.

A noção de resiliência se apresenta como analógica, pelo fato de possuir vários sentidos que, apesar de se diferenciarem, guardam entre si nexos e semelhanças. A resiliência pode ser identificada em diferentes acepções e em especial nas áreas de conhecimento em que a expressão gravita – ciências físicas, ecologia, ciências do ambiente, ciências sociais e humanas, entre outras.

Para além de estudos em campos específicos do conhecimento, a resiliência tem motivado a realização de pesquisas interdisciplinares, desenvolvidas em organizações

exclusivas para tanto, como a organização global Resilience Alliance⁸², o Stockholm Resilience Centre⁸³ e a Sociedade Brasileira de Resiliência⁸⁴, o que evidencia a potencialidade do estudo da resiliência por meio de um trabalho colaborativo.

Etimologia

Ao se verificar a origem etimológica do termo, percebe-se que o adjetivo ‘resiliente’ é originado de uma expressão latina *resiliens,entis*, particípio presente de *resilire* (saltar para trás, voltar; ser impelido, relançado; retirar-se recuar; dobrar-se, encolher-se, diminuir-se; rebentar, romper) (HOUAISS, 2001, p. 2437). A etimologia do substantivo feminino resiliência se encontra no inglês, na expressão *resilience* (idem) ou ainda na expressão latina *resilientia* (GEIGER, 2012, p. 1193). Os primeiros registros em português datam de 1674 (resiliente) e 1824 (resiliência) (idem).

82 Fundada em 1999, a Resilience Alliance é suportada por uma rede internacional de instituições-membro que inclui universidades, governo e agências não-governamentais. A diretoria inclui um representante de cada membro da organização. Entre suas atribuições encontra-se a pesquisa interdisciplinar dos “principais conceitos de resiliência, adaptabilidade e transformabilidade, para a construção de uma base para práticas e políticas de desenvolvimento sustentável”. Para maiores informações acerca da organização de pesquisa, ver <http://www.resalliance.org/>.

83 Stockholm Resilience Centre fundou-se no início de 2007 e propõe uma concepção de mundo em que sistemas sociais e ecológicos são compreendidos e gerenciados com o intuito de melhorar o bem-estar humano e a capacidade de lidar com a complexidade e a mudança em prol da co-evolução sustentável entre a civilização humana e a biosfera, com enfoque na resiliência. Para maiores informações acerca do centro de pesquisa ver <http://www.stockholmresilience.org/>.

84 Conforme relatado no sítio eletrônico da sociedade, “A SOBRARE - Sociedade Brasileira de Resiliência é uma organização que tem seu foco voltado para projetos consistentes na área do desenvolvimento humano em resiliência. Sua filosofia é capacitar profissionais que atuam nas áreas Educacional, Corporativa, Familiar, no Terceiro Setor e nas esferas do Governo para que possam amadurecer e prevenir atitudes e comportamentos resilientes diante de condições de risco e vulnerabilidade nas situações de adversidades e elevado estresse”. Ver <http://www.sobrare.com.br/>.

Destaca-se que o dicionário Houaiss apresenta duas definições para palavra resiliência: uma decorrente da física⁸⁵ e outra em sentido figurativo⁸⁶. Já o *Novíssimo Aulete – dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, para além dessas duas, registra uma definição derivada da física, mas própria da ecologia⁸⁷. Dicionários mais antigos, como por exemplo o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira – editado em 1975 –, apenas trazem a definição de resiliência para a física⁸⁸. Portanto, a recente ampliação de significados nos dicionários revela a existência de outras acepções, para além daquela própria da física, bem como de um sentido coloquial da expressão que passou a integrar o vocabulário brasileiro com uma significação menos técnica⁸⁹.

Resiliência nas ciências físicas

Para as ciências físicas, especificamente resistência dos materiais⁹⁰, resiliência é compreendida como a capacidade de tolerância de alguns corpos após serem dobrados ou

⁸⁵ “Propriedade que alguns corpos apresentam de retornar à forma original após terem sido submetidos a uma deformação elástica” (2001, p. 2437).

⁸⁶ “Capacidade de se recobrar facilmente ou se adaptar à má sorte ou às mudanças” (idem).

⁸⁷ “(...) 2. *P. ext. Ecol.* Capacidade de um ecossistema retornar à condição original de equilíbrio após suportar alterações ou perturbações ambientais” (GEIDER, 2012, p. 1193)

⁸⁸ “[do ingl. *resilience*.] *S. f. Fís.* Propriedade pela qual a energia armazenada em um corpo deformado é devolvida quando cessa a tensão causadora da deformação elástica” (1975, p. 1223). No mesmo sentido, pode ser citada a definição presente no dicionário Aulete Digital: “s. f. || (metal.) valor característico da resistência ao choque oferecida por um material; número que o representa, exprimindo a energia absorvida pela ruptura de uma barra de seção unitária”.

⁸⁹ Recentemente, a título de exemplo, o ministro da Fazenda, Joaquim Levy, afirmou que “o PIB [Produto Interno Bruto] brasileiro é muito resiliente. Então podemos ter um trimestre (negativo), mas sem grandes consequências”.

⁹⁰ Não é proposta desta tese debater acerca da origem histórica da noção de resiliência. Entretanto, em que pesem visões opostas, a maioria das pesquisas brasileiras que tratam de resiliência registram como precursor desta o trabalho que Thomas Young editou em 1807, a obra *A course of lectures on natural philosophy and the mechanical arts*, no qual expôs sua noção para física de módulo de elasticidade acerca dos conceitos de tensão e compreensão. Registre-se que o significado de resiliência empregado por esse cientista, embora guarde semelhanças, diverge daqueles vistos nos dias atuais. Sua obra foi centrada na noção de elasticidade, conceito diverso para a ciência dos materiais. Entretanto, Juliana Mendanha Brandão,

esticados, isto é, de sofrerem uma carga ou tensão, absorvendo essa energia e posteriormente retornando ao estado anterior. Em outras palavras, resiliência pode ser definida como a máxima energia de deformação que um objeto pode absorver sem sofrer alterações permanentes, energia essa que é medida por módulos de resiliência.

Nessa perspectiva própria dos estudos dos materiais no ramo da mecânica, a resiliência pode ser testada empiricamente por meio de ensaios, ser medida e classificada com auxílio de cálculos matemáticos e normas técnicas. Para a física, assim, resiliência é uma capacidade própria de cada material, própria da matéria, tendo como característica marcante a ideia de limite antes de sofrer uma deformação irreversível (PINTO, 2002).

Tal noção relaciona-se com outro conceito relevante para a física: elasticidade. Esta é a característica dos materiais de se deformarem e voltarem à sua forma primitiva, após o término do fator de deformação (HIBBELER, 2010). Portanto, a condição para que um material se deforme sem se romper é a resiliência, pois esta garante que o material seja deformável, absorva a energia que nele é empregada. Destaca-se que, para a resistência dos materiais, o oposto do elástico é o rígido – característica própria dos materiais resistentes. Estes, ao sofrerem uma carga, não se deformam, não absorvem a energia aplicada, sendo que a partir de um limite irão se romper em definitivo e não se deformar.

Resiliência na ecologia e nas ciências do ambiente

Miguel Mahfoud e Ingrid Faria Gianordoli-Nascimento chamam atenção que “[p]esquisadores falantes de línguas latinas (incluindo os brasileiros) apontam que o termo/conceito ‘resiliência’ teria sido tomado das ciências exatas, mais especificamente do campo da resistência dos materiais, enquanto os pesquisadores precursores do tema, os ingleses e norte-americanos, nada dizem a respeito dessa origem (Assis, Pesce, & Avanci, 2006; Cyrulnik, 2001; Junqueira & Deslandes, 2003; Luthar & Zelazo, 2003; Masten, 2001; Poletto & Koller, 2006, 2008; Rutter, 1985, 1993b; Trombeta & Guzzo, 2002; Werner & Smith, 1989, 1992; Yunes, 2001, 2003, 2006; entre muitos outros) (2011, p. 264). Para outros estudos dedicados às origens históricas do termo resiliência ver YUNES, 2001, e também JOB, 2003.

Como já mencionado, resiliência na natureza é algo complexo, multidimensional e dinâmico (BONANNO, 2004 e 2005), apresentando inúmeros contornos. Para a ecologia, dentro do conceito de resiliência ambiental ou ecológica, trata-se da capacidade de um sistema voltar ao seu equilíbrio após enfrentar distúrbios, sejam climáticos ou derivados da conduta humana. O que se tem, nesse caso, é uma abordagem ligada a interpretações de resistências de ecossistemas. O trabalho de Crawford S. Holling, *Resilience and stability of ecological systems* (1973) é considerado pioneiro no debate acadêmico da ideia de resiliência na ecologia. Foi esse ecologista que construiu a relação entre resiliência, estabilidade e equilíbrio para o meio ambiente e que apresentou a definição de resiliência como a capacidade de se estabilizar após um choque ou stress.

A Resilience Alliance define a resiliência como capacidade de um ecossistema para tolerar a perturbação sem desmoronar em um estado qualitativamente diferente, que é controlado por um conjunto de processos distintos. Observa-se, aqui, a ideia de limite semelhante àquela definida pela ciência física. Nessa abordagem, a resiliência apresenta três propriedades definidoras: a quantidade de mudanças que um sistema pode suportar e ainda preservar sua estrutura e função; o grau de auto-organização de um sistema; e a habilidade de construir e aumentar a capacidade para aprendizagem e adaptação (BERKES; FOLKE, 1998).

Um ecossistema resiliente pode suportar choques e reconstruir-se quando necessário. Essa ideia de capacidade de um sistema, que por um lado é próxima da concepção existente nas ciências dos materiais, para a ecologia deve ser associada à ideia de absorver distúrbios e se reorganizar ao mesmo tempo em que se vivem as mudanças, sempre buscando preservar essencialmente funções, estruturas e identidade (WALKER *et al.*, 2004). É nessa característica de mudança que o entendimento de resiliência ambiental se afasta da resiliência dos materiais.

Segundo a Estratégia Internacional para a Redução de Desastres das Nações Unidas, resiliência

É a capacidade de um sistema, comunidade ou sociedade, potencialmente exposto a perigos, se adaptar a esta situação resistindo

ou modificando-se de maneira a atingir e manter um nível aceitável de funcionamento e estrutura. Isto é determinado pelo grau que o sistema social é capaz de organizar-se para aumentar sua capacidade de aprendizagem com os últimos desastres para melhor proteção futura e para melhorar as medidas de redução de risco (2004).

Verifica-se, novamente, a necessidade de resistência ou mesmo de adaptação, no sentido de passar por mudanças, sempre em busca de uma estrutura que seja equilibrada e que preserve características que assegurem um nível aceitável de funcionamento. Portanto, para as ciências do ambiente, a resiliência deve estar associada a outros conceitos chave, de adaptabilidade e de transformação, pois verifica-se que a resiliência é a capacidade de um sistema mudar e se adaptar continuamente, buscando permanecer dentro de limites necessários a preservar sua identidade.

Ressalte-se, também, que a resiliência é a base para que se discuta a sustentabilidade nos dias de hoje. De acordo com o relatório do Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global, *Povos Resilientes, Planeta Resiliente: um Futuro Digno de Escolha* (2012), aumentar a resiliência da humanidade é implementar o desenvolvimento sustentável, vez que se trata de um processo dinâmico de adaptação, aprendizagem e ação. Vejamos que a recomendação n. 24 deste painel expressamente menciona que:

Os governos devem elaborar e implementar políticas para gerenciar os impactos econômicos e sociais da transição e fortalecer a resiliência – particularmente mediante programas e políticas dirigidos de proteção social e pelo aumento da capacidade humanitária de lidar com o crescente estresse ambiental e os choques potenciais, onde apropriado.

A relação entre resiliência e sustentabilidade deve ser promovida por governos, mediante programas e políticas diretas, para que se viabilizem a ampliação de limites e a realização de mudanças capazes de assegurar que os seres humanos não desfaleçam diante de situações atípicas de desastres. A resiliência ocupa papel de destaque na agenda da sustentabilidade, pois possibilita a ampliação da capacidade de lidar com incertezas e riscos. Constata-se, assim, a aplicabilidade da noção de resiliência também ao se tratar de projetos de planejamento sustentável.

Resiliência nas ciências humanas: resiliência na psicologia e na administração

Todas essas noções são importantes ao se transpor essa dimensão para as ciências humanas, como fez Bauman com a noção de liquidez, seja como conceito, seja como metáfora. Veremos, na sequência, como as ciências humanas também recepcionam essas ideias para desenvolverem propostas de concepções de resiliência.

Quando relacionada às qualidades de seres humanos, a resiliência pode significar a capacidade psicológica de superação ou adaptação após enfrentar dificuldades, situações difíceis e adversidades, sem que venham sofrer traumas. Segundo David E. Zimerman, o uso da expressão resiliência no vocabulário psicanalítico é muito recente, iniciando em 1980, destacando-se que sujeitos dotados de capacidade de resiliência “fazem do infortúnio uma reversão para conseguir a fortuna de crescer na vida cada vez mais” (2012, pp. 217-218). Verifica-se nessa concepção uma proposta positiva, no sentido de construção de novos caminhos de vida e de um processo de subjetivação a partir do enfrentamento de situações difíceis.

A Associação Americana de Psicologia define resiliência humana como um processo de adaptação em face da adversidade, trauma, tragédia, ameaças e até mesmo significativas fontes de estresse – como problemas familiares e de relacionamento, problemas de saúde sérios, ou local de trabalho e tensões financeiras. Mas, como a definição ecológica, a resiliência também representa o limite de mudança sem que o indivíduo perca sua identidade, antes de se tornar uma pessoa diferente do que era, tornando-se apenas mais fortalecida. E esse limite é paulatinamente ampliado, cada vez que o indivíduo enfrenta adversidades preservando sua capacidade de manter-se no controle.

Aos poucos a noção de resiliência vem ganhando espaço no ramo das ciências sociais e humanas no Brasil, com ênfase para áreas além da psicologia. Conforme indicam Maria Angela Mattar Yunes e Heloísa Szymans (2001), a ideia de resiliência ampliou sua

dimensão semântica, ganhando novas aplicações e leituras⁹¹. As concepções de resiliência construídas pela psicologia, considerando a multiplicidade de fatores a serem observados no estudo de fenômenos humanos, foram as que melhor se desenvolveram nas ciências sociais, demonstrando que a ideia de resiliência é própria de um conceito complexo e aberto.

Brandão, Mahfoud e Gianordoli-Nascimento afirmam que as perspectivas da resiliência para a psicologia são organizadas por alguns autores em três principais correntes: norte-americana ou anglo-saxônica, europeia e latino-americana (2011)⁹². Cada uma delas apresenta características diferenciadoras das demais, expondo um enfoque em diferentes capacidades humanas, ora como resistência (no sentido de defesa e proteção) e adaptação, ora também como capacidade de recuperação e de superação (voltar à mesma situação após enfrentar problemas ou superar obstáculos). “Assim, estudam-se fenômenos diferentes sob a mesma nomenclatura, dando o nome genérico de resiliência a todos ou a qualquer um dos fenômenos” (BRANDÃO; MAHFOUD; GIANORDOLI-NASCIMENTO, 2011, p. 268).

Uma diferença relevante entre as concepções da psicologia e da física está relacionada ao fato de que naquelas a resiliência acarreta algum tipo de alteração/mudança – daí seu caráter positivo, pois o indivíduo que vivencia desafios minimamente adquire novas propriedades, novos saberes, desenvolve novos limites em face da experiência passada e amplia sua resiliência. Em suma, ao contrário dos objetos físicos, que retornam ao estado anterior após sofrerem uma tensão, os seres humanos não

⁹¹ Nesse sentido, destacamos alguns importantes trabalhos: BARBOSA, 2014; SAWAGUCHI, 2013; PALMA, 2012; BARRETO, 2009; BARBOSA, 2006; BRANDÃO; MAHFOUD; GIANORDOLI-NASCIMENTO, 2011; JOB, 2003.

⁹² Em suas palavras, as distinções: “[a] corrente norteamericana seria mais pragmática, mais centrada no indivíduo, tomando como avaliação da resiliência dados observáveis e quantificáveis, comumente com enfoque behaviorista ou ecológico transacional. A resiliência, aqui, surge como produto da interação entre o sujeito e o meio em que está inserido. A europeia teria uma perspectiva ética, mais relativista, com enfoque comumente psicanalítico, tomando a visão do sujeito como relevante para a avaliação da resiliência. De acordo com Fantova, para esta corrente, a resposta do sujeito às adversidades transcende os fatores do meio, é ‘tecida’ a partir da dinâmica psicológica da pessoa, o que possibilita uma narrativa íntima e uma narrativa externa sobre a própria vida. Já a corrente latino-americana é mais comunitária, enfocando o social como resposta aos problemas do sujeito em meio às adversidades” (2011, p. 263).

retornam a ser o que eram antes, mas vivem algum tipo de inovação, passam por mudanças e ampliam sua capacidade resiliente.

Fernando Pretel Pereira Job, em estudo a propósito da resiliência em organizações, traz uma definição de resiliência para a administração. O autor argumenta que a resiliência trata-se de uma tomada de decisão quando alguém se depara com um contexto entre a tensão do ambiente e a vontade de vencer. Essas decisões propiciam forças na pessoa para enfrentar a adversidade (2003, pp. 135-136). Constata-se que a resiliência não é apenas um atributo individual, estando presente também em organizações, que tomam decisões com base na criatividade em face da tensão do ambiente.

Podemos destacar em diversas dimensões a referência à capacidade ou ao processo de restauração e de resistência sistêmica (no sentido de adaptabilidade a uma interferência externa). Essas características prezam uma proposta de busca do equilíbrio, seja fisicamente para os objetos, que retornam à sua forma anterior, seja socialmente, pois indivíduos que vivenciam situações novas mudam em busca de um novo equilíbrio, em relação aos fenômenos sociais enfrentados. Esse equilíbrio pode ser encontrado não necessariamente no retorno ao que a pessoa era no passado, mas em mudanças que a torna diferente de antes, preservando sua identidade, ampliando suas capacidades. Portanto, as concepções abertas possibilitam a ampliação de significados, conhecimentos e experiências.

A ideia de encontrar o limite máximo de mudança antes de um sistema se deformar e se desconfigurar (suas formas, características, funções e identidades) é comumente evocada nas múltiplas definições de resiliência. Uma pessoa, uma cidade, uma floresta, um ecossistema, uma economia – como sistemas – apresentam um limite de absorção de mudanças antes de colapsarem e perderem sua essência. E a resiliência trabalha com a busca de como manter nos sistemas suas características e capacidades de auto-organização, permitindo que, progressivamente, os sistemas ampliem seus limites e se desenvolvam.

Resiliência no direito

Uma das características comuns às acepções de resiliência até aqui vistas são as noções de capacidade desejada e de resultado alcançado. Retomando as ideias da física, verifica-se que o objetivo das ciências dos materiais é medir e controlar qual seria a capacidade desejada de resiliência de materiais diversos. A mesma dimensão pode ser defendida em relação às ciências ambientais e humanas, que consideram determinadas características para o ambiente ou para o indivíduo, seja como algo previamente desejado, seja como resultado alcançado. Em outras palavras, almeja-se definir ou encontrar qual seria o limite para que algo não se desfaça de sua identidade inicial, para que não se deforme, limite esse desejado ou apenas possível de ser adquirido. Pode-se afirmar, portanto, que a noção resiliência em um sentido geral se caracteriza:

- (1) pela noção de tolerância, entendida a partir da física, como a capacidade de algo retornar ao seu estado inicial após sofrer carga ou tensão. Em outras palavras, reestruturação e recuperação;
- (2) pelo sentido de adaptação e transformação, proposta da ecologia, sendo a capacidade de um sistema de mudar e adaptar-se continuamente, observando as ideias de equilíbrio e limites que preservem a sua identidade sempre que confrontar um distúrbio;
- (3) como capacidade de superação face a situações difíceis, sem que se sofram traumas, na acepção da psicologia;
- (4) como um conceito aberto, apto a assumir alterações e ampliar sua capacidade e dimensão, chegando a um novo ponto de equilíbrio, diferente e transformado em relação ao original, mas que preserva sua essência, como defendido pela resiliência sistêmica.

Trazer as diversas possibilidades semânticas de resiliência à reflexão jurídica é tarefa recente⁹³. A construção de uma ideia de resiliência no direito conta com uma perspectiva epistemológica complexa, na qual a dificuldade e o contexto social contemporâneo foram expostos na leitura da obra de Bauman.

Os desafios postos pela passagem da modernidade sólida àquela líquida podem ser encarados pela resiliência, abrindo novas possibilidades para o debate jurídico. A noção de resiliência no direito contribui para a ação diante dessa complexidade contemporânea em face de verdadeira feição dinâmica, dialética e mutável que o direito assume em sua vertente resiliente, capacitando-se para lidar com a ambivalência própria do mundo atual.

Uma das relevantes relações que a noção de resiliência pode estabelecer com o direito é na dimensão da hermenêutica⁹⁴, comprometida com o desafio da ideia ampla de mudança jurídica⁹⁵. Isto é, a hermenêutica, ademais de ser uma proposta interpretativa voltada à solução de conflitos, ao se associar à resiliência consegue enfrentar a necessidade de se pensar outras formas de mudanças no direito, para além da dimensão material-normativa – esta realizada normalmente pelos mecanismos formais de modificação, inovação e atualização do direito: legislativos, judiciais e doutrinários.

⁹³ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. Veja-se, no entanto, a tese de doutorado de Luis Gustavo Gomes Flores, acerca da ideia de resiliência jurídica. Referido autor afirma que “a Resiliência Jurídica pode ser compreendida como a capacidade do sistema jurídico de assimilar uma contingência inesperada, promovendo rapidamente uma desestabilização e reestabilização, dinâmica e construtivista, conservando intacta a sua autopoiese e com isso a manutenção e constância de suas operações futuras” (2014, p. 138).

⁹⁴ São inúmeros os conceitos de hermenêutica existentes em relação ao direito. Bastos afirma em seu livro *Hermenêutica e interpretação constitucional* que “a Hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a serem utilizados na atividade interpretativa” (2002, p. 34). Portanto, para ele a interpretação deve atentar aos caminhos pré-estatuídos em caráter abstrato pela hermenêutica. Para a presente tese, hermenêutica deve ser compreendida como análise dos conteúdos de sentido e proposições para a interpretação do texto normativo para fins de solução de conflitos, no mesmo sentido explicado por Ferraz Junior: “determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos” (2001, pp. 251-252).

⁹⁵ Recordamos aqui o alinhamento desta tese com as possibilidades de transformação do direito em sua tríplice dimensão estrutural (estrutural ou institucional, substancial ou material e cultural), conforme exposto por Lima Lopes (1997) e já apresentada no capítulo III da parte I.

Defende-se a afinidade com a hermenêutica jurídica pois esta trata da tensão existente entre o texto normativo e o sentido a ser atribuído a ele segundo uma realidade contextual. A resiliência contribui na busca de sentidos, vez que propõe que o significado também seja construído sem que o texto venha sofrer rupturas ou traumas deformantes. Com a resiliência, ficam respeitados os limites definidos para a atividade interpretativa, assegurando-se, assim, o equilíbrio necessário ao direito, mas ampliando as perspectivas e possibilidades interpretativas.

A resiliência está relacionada à mudança do direito, em sentido amplo, exatamente por se apresentar como uma possibilidade reflexiva e inovadora de se enfrentar o novo (FLORES, 2014). Dessa maneira, o novo se revela como fonte de energia que tenciona o direito – que deverá apresentar a capacidade de absorver essa energia sem que viva uma deformação permanente, que comprometa estruturas sensíveis do direito, tais como os princípios da democracia e os direitos fundamentais. Seria, para esse autor, uma estratégia de aprendizado e inovação do direito⁹⁶.

É dentro dessa proposta que se insere uma ideia de resiliência no direito. As características identificadas nas outras dimensões da resiliência são revisitadas no universo do direito. A resiliência no direito, como um conceito aberto, é dotada das características de tolerância, é transformadora por meio da adaptabilidade e contribui para a superação de situações complexas pelo direito.

A adaptabilidade, como já visto ao discorrermos acerca do conceito de direito líquido, é um dos anseios contemporâneos do direito, pois este necessita passar por mudanças e transformações no mesmo ritmo e frequência que a sociedade contemporânea se encontra – sendo esse o desafio posto pela questão da legitimidade. E esse processo de

⁹⁶ Ainda em suas palavras: “[a] Resiliência é uma resposta à necessidade de criatividade no Direito, de transformação dos contornos rígidos, pesados, lentos e obsoletos em contornos flexíveis, plásticos, dinâmicos e eficientes. É uma resposta desafiadora do próprio Direito. Uma auto-determinação indeterminada, pois desafia as possibilidades de manipulação disponíveis, embora possua uma boa lucidez quanto às possibilidades e dimensão da contingência” (FLORES, 2014, p. 124).

transformação deve atentar para limites que asseguram a restauração do equilíbrio do sistema jurídico sem que alicerces sejam comprometidos.

Destacam-se como pressupostos para a resiliência no direito a aceitação da insuficiência da teoria dominante do direito e da norma jurídica durante os séculos XIX e XX, hoje em crise em razão do excessivo conservadorismo e formalismo, mas que ainda é influente no senso comum teórico dos juristas⁹⁷.

Pode-se associar essa dimensão jurídica da resiliência às ideias de Friedrich Müller acerca da necessidade de assumirmos um novo paradigma do direito manifestadamente pós-positivista, a teoria estruturante do direito, no qual a atividade jurídica é um processo que deve ser realizado no tempo e os enunciados, nas codificações como textos de normas. Para essa teoria, rompendo com o legalismo, a norma jurídica não existiria antes dos casos, pois estes são coconstitutivos do direito. O direito, assim, não pode ser compreendido como um conjunto de soluções preconcebidas: “[o] texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’” (MÜLLER, 2013, p. 11). Destaque, desde já, que essa proposta assinala para a discussão de quem deve realizar essa tarefa, questão que foi objeto das reflexões de Häberle, conforme veremos. Nesse sentido, Silvia Pimentel e Adriana Gregorut registram que:

Se a norma jurídica não é o texto normativo e sim o seu significado, torna-se crucial conhecer quem e quais órgãos são autorizados a interpretá-la. O intérprete seria, então, aquele que diz a norma, no sentido de quem a expressa. Seria aquele que revela o conteúdo normativo contido no texto da lei (2015, p. 06).

⁹⁷ Segundo Luis Alberto Warat, trata-se de um “complexo de saberes éticos vividos como diretrizes, ou seja, como pautas que disciplinam o trabalho profissional dos juristas, regulando sua atividade advocatícia, judicial e teórica” (1988, p. 31).

Assim, a norma apenas surge quando concretizada, quando enfrenta o desafio do caso real e gera uma inovação ao direito, bem como sua própria compreensão⁹⁸. O que se destaca é que o texto da lei não contém normas, apenas traz os limites extremos de possíveis variantes no significado e na concretização das normas, que devem ser respeitadas pela resiliência no direito também como garantias de equilíbrio no sistema. E a noção de resiliência exerce influência e colabora no procedimento de concretização da teoria estruturante do direito.

A resiliência é um indicativo do deslocamento do direito da fase sólida da modernidade para a líquida, contribuindo sua percepção com o esforço de retirá-lo do conforto dogmático de sua concepção hegemônica própria do senso comum de bases positivistas, encaminhando-o para uma ampliação de seus limites. Mesmo sem fazer referência à ideia de liquidez, mas confirmando a proximidade das ideias de direito líquido e de resiliência jurídica, Flores afirma:

A noção de Resiliência Jurídica parece estar de acordo com a noção de cultura de Bauman, quanto ele menciona que, “a ambiguidade que importa, a ambivalência produtora de sentido, o alicerce genuíno sobre o qual se assenta a utilidade cognitiva de se conceber o habitat humano como o ‘mundo da cultura’, é entre ‘criatividade’ e ‘regulação normativa’. As duas ideias não poderiam ser mais distintas, mas ambas estão presentes – e devem continuar – na ideia compósita de ‘cultura’, que significa tanto inventar quanto preservar; descontinuidade e prosseguimento, novidade e tradição; rotina e quebra de padrões; seguir

⁹⁸ André Ramos Tavares elucida como se dá a concretização proposta por Müller: “[e]m um primeiro momento, realizam-se *dois processos parciais* (não-sequenciais nem totalmente discerníveis como individualidades). Em um deles, com a análise do texto (elementos linguísticos), obtém-se o que a doutrina passou a chamar de *programa normativo*. No outro, que analisa principalmente os dados da realidade (elementos empíricos), alcança-se o *domínio* (ou *âmbito*) *normativo*. Este será formado por um conjunto de elementos fáticos influenciados pela disposição normativa (MÜLLER, 1992). O concreto (ou a realidade) influencia a disposição e “produz” uma norma (ou programa normativo) que irá interagir, por sua vez, com a realidade (não qualquer realidade, mas aquela realidade iluminada pela disposição normativa). Se não há como negar que o normativo produz um recorte nos fatos, que já não são quaisquer fatos, mas fatos juridicamente pertinentes e qualificados, por outro lado, a norma não é apenas a disposição textual nem tampouco o fruto de uma arrumação mental especificamente abstrata, porque é também a norma ‘recepcionada’ pela realidade concreta. As referências à ‘concretude’ são, pois, invariavelmente, referências normativamente comprometidas” (2006b, p. 62, *itálico no original*).

as normas e transcendê-las; o ímpar e o regular; a mudança e a monotonia da reprodução; o inesperado e o previsível (2014, p. 124).

O direito, ao se associar à ideia de resiliência, aceita a proposta de observação de novas epistemologias que foram desenvolvidas em diversos âmbitos do conhecimento, pois substitui um saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico, construindo uma epistemologia jurídica complexa capaz de desafiar seus próprios limites, no sentido de provocar sua ampliação. Para tanto, o novo paradigma pós-positivista mostra que concretizar é se valer do texto da lei para gerar a norma jurídica com essas regras de sustentabilidade argumentativa, para então derivar dela a fórmula de decisão (MÜLLER, 2013, p. 109)⁹⁹. E esse comportamento é próprio da resiliência no direito.

Vistos esses conceitos, observa-se que a acepção jurídica da ideia de resiliência não é tão distinta das acepções de outras áreas do conhecimento, afinal, entendemos que a resiliência no direito é um atributo que permite a reestruturação do ordenamento jurídico após algum fenômeno externo que a ele provoque alguma modificação, acabando por se referir aos mecanismos de atualização do direito de modo geral.

Igualmente, o diálogo entre a ideia de resiliência no direito e a noção de direito líquido é direto, tratando-se de ideias mutuamente constitutivas. Importante destacar que a resiliência no direito contribui para o desafio posto pela teoria estruturante do direito, que se esforça para tornar o trabalho jurídico prático mais operacional, mais controlável – isto é, estruturado (MÜLLER, 2013, p. 220).

⁹⁹ Acerca da importância do concreto para a compreensão do direito constitucional no Brasil, Tavares menciona as teses “da chamada mutação constitucional informal (cf. FERRAZ, 1986), da interpretação evolutiva (cf. TAVARES, 2006: 85; TEIXEIRA, 1991: 270-1), da inconstitucionalidade superveniente (cf. TAVARES, 2006: 205) e, mais recentemente, na ponderação (cf. BARROSO, 1996, 208 ss; com uma referência específica, no contexto da proporcionalidade, para as peculiaridades de cada caso concreto: GUERRA FILHO, 1999: 72), que nada mais é do que a permissão de que haja um influxo do factual na norma jurídica” (2006b, p. 65).

Outro elemento importante de se destacar é que a resiliência apresenta-se no direito como a qualidade de possibilitar as alterações normativas sem necessariamente se portar como revisora da letra da lei ou inovadora textual.

O cenário contemporâneo, na leitura proposta da obra de Bauman, revela que se deve pensar igualmente na capacidade de resiliência também dos juristas. Isso pois a liquefação das principais instituições da sociedade moderna e de seus dogmas da racionalidade científica fez com que os intelectuais do direito – que sempre apresentaram resistência às propostas interdisciplinares e se fecharam numa suposta análise científica livre da realidade sócio-econômica-cultural – se tornassem obsoletos.

A visão formalista e normativista, como repertório de prescrições de condutas, foi destruída. Como lembra Guilherme Assis de Almeida, “[a]fetando a lógica moderna, não se está a afetar toda a estrutura (moderna) dos direitos, do Estado, da burocracia, da legalidade, da centralidade das fontes do direito, da tripartição dos poderes etc.?” (2015, p. 765). Certamente sim e o discurso dos juristas modernos não mais vale no novo contexto.

Os juristas precisam reestabelecer a relação entre o sistema jurídico e o sistema social no cenário da modernidade líquida. Para tanto, devem-se valer da interdisciplinaridade¹⁰⁰, da pluralidade, da diversidade e da heterogeneidade das ideias de direito líquido e de resiliência. Necessitam estabelecer e aceitar que a concreção é uma realidade a ser enfrentada pelo direito – dando razão para a existência de normas jurídicas. Só assim reencontrarão as possibilidades de reconstrução, que não voltarão a ser sólidas e perenes novamente.

¹⁰⁰ Mencione-se, em sentido complementar, que Tavares propõe também uma preocupação transdisciplinar: “[a] Constituição não pode ser considerada uma carta meramente jurídica. Ela é política, social, enfim, transdisciplinar. E assim será o seu ramo de estudo, o Direito Constitucional. Negar isso é retirar de sua Carta, de seu ramo de estudo, o termo ‘constitucional’” (2006b, p. 51).

Vejamos no próximo capítulo como essa ideia de resiliência no direito se manifesta no direito constitucional brasileiro.

Capítulo II – A RELAÇÃO ENTRE RESILIÊNCIA E DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Para estabelecermos a relação entre resiliência e direito constitucional brasileiro contemporâneo, é necessário definir o que entendemos por este. Para além de resposta de uma pergunta ontológica, importante trazer os elementos que possibilitam definir seu *status quo*.

Inexiste um único fundamento que caracterize o direito constitucional contemporâneo, mas, valendo-se de uma abordagem histórico-temporal, a ideia de contemporaneidade está relacionada ao ordenamento jurídico que se sistematizou após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Marcada pela participação popular em sua elaboração, a Constituição de 1988 instituiu no Brasil o modelo de Estado de Bem-Estar Social europeu, reconhecendo em seu texto, além de direitos e garantias individuais, direitos econômicos, sociais, difusos e coletivos. Trata-se de um novo modelo de direito, calcado na democracia e na legalidade, que assume uma substancialidade principiológica inovadora na história brasileira (CAMPILONGO, 2011, p. 30).

Segundo Marcelo Figueiredo, a Constituição de 1988 se insere em um novo constitucionalismo da América Latina denominado *Constitucionalismo Social* (2012, p. 200), vez que não se restringiu a organizar o Estado e elencar direitos negativos para limitar os poderes. Ela estabeleceu metas, objetivos, programas, políticas e tarefas a serem perseguidas por meio de uma política constitucional e social mais inclusiva, a ser

materializada – inclusive determinando a concretização imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (artigo, 5º, §1º)¹⁰¹.

É inegável que a Constituição de 1988 causou uma revolução profunda no ordenamento jurídico, obrigando mudanças na maneira de se pensar o direito brasileiro contemporâneo. Flávia Piovesan destaca um duplo valor simbólico para a ordem constitucional de 1988: é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país (2012, pp. 397-398).

Outra mudança efetivada nesse momento foi a consolidação da força normativa¹⁰² e a conquista de efetividade pela Constituição. Abandonou-se o entendimento de que as normas constitucionais, diretrizes para os legisladores, não seriam “justiciáveis”, pois quando descumpridas não poderiam ser judicialmente tuteladas. Estabeleceu-se um papel relevante para a ideia da jurisdição constitucional, vez que os novos instrumentos de controle de constitucionalidade foram disponibilizados para toda a sociedade. Nessa dimensão, Piovesan (2012) alerta que o desafio ao direito brasileiro contemporâneo é implementar uma ordem jurídica própria de Estados intervencionistas, um dirigismo constitucional próprio de um Estado de justiça social, em um contexto marcado pela

¹⁰¹ No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira registra: “[a] Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo ‘dirigista’ ou de caráter social, que se iniciou com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Diferentemente das constituições liberais, que buscavam limitar o Estado assegurando o maior espaço de liberdade para o mercado, as constituições sociais organizam um Estado que visa promover o bem estar da sociedade, sendo, portanto necessariamente mais amplas do que as constituições liberais clássicas” (1997, p. 59).

¹⁰² Para boa parte da doutrina brasileira, a força normativa da Constituição resulta da supremacia formal e material das normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade devem ser observadas de acordo com seu grau hierárquico no ordenamento. Acerca do postulado da força normativa da Constituição, valemo-nos da clássica lição de Konrad Hesse: “[a] Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição” (1991, p. 24). Cf. também GEORGAKILAS, FERRAZ JR., DINIZ, 1989, pp. 98-104; CANOTILHO, 2003, p. 1176; TAVARES, 1998, pp. 8-11; CLÈVE, 1999, pp. 215-218; MORAES, 2003, p. 109; BARROSO, 2003, p. 1.

globalização econômica e por políticas neoliberais. Portanto, um dos desafios contemporâneos do direito constitucional é repensar o Estado como agente transformador e promotor de direitos fundamentais, principalmente os sociais.

Diante do exposto, podemos sintetizar as seguintes características do direito constitucional contemporâneo brasileiro:

- (a) a constitucionalização do direito¹⁰³. A Constituição passou a exercer um novo papel em face do direito. Nesse cenário, ocupa um espaço importante na interpretação dos direitos fundamentais, princípios fundamentais e outros conceitos constitucionais abertos (FIGUEIREDO, 2012, p. 197). Sua passagem para o centro do sistema jurídico deslocou o Código Civil do papel de um direito geral (BARROSO, 2005), vez que o texto constitucional passou a ser formal e materialmente superior às demais normas do ordenamento. Vivemos nesse sentido um fenômeno de “panconstitucionalização” (SARMENTO, 2007);
- (b) o compromisso maximizador, representado pela defesa constitucional de múltiplos grupos de interesses – algumas vezes distintos ou contrapostos, que constitucionalizaram direitos, interesses e projetos sociopolíticos (VIEIRA, 2013, p. 18)¹⁰⁴;
- (c) o papel referencial da Constituição como *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico (STRECK, 2011, p. 311),

¹⁰³ Barroso afirma que “a ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como esse processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas” (2009, pp. 351-352).

¹⁰⁴ Em suas palavras: “a Constituição brasileira procurou satisfazer os diversos setores organizados da sociedade, ainda que de forma não simétrica, transferido para o sistema político e para o Judiciário a responsabilidade de sua concretização ao longo do tempo” (VIEIRA, 2013, p. 19).

também denominado filtragem constitucional (BARROSO, 2005). A Constituição irradia sua força normativa para todo ordenamento jurídico, contaminando toda a atividade jurídica do Estado e dos particulares (HESSE, 1991; 1998, p. 71);

- (d) o fato de que os princípios passaram a ser portadores de um *plus* deontológico (BONAVIDES, 1996, p. 260; PIOVESAN, 2012, p. 420);
- (e) presença destacada de direitos e garantias fundamentais – individuais, coletivos, difusos, sociais, econômicos, culturais e políticos – ao longo de diversas partes do texto constitucional, revelando escolhas éticas e políticas da sociedade;
- (f) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição e de fiscalizar a constitucionalidade, esta última por meio da atuação do Tribunal Constitucional pautada na “judicialização da política”¹⁰⁵.

Resiliência constitucional – estado da arte de um conceito inovador

Dentro desse contexto exposto, e no sentido registrado no capítulo anterior, esta tese se propõe a examinar o surgimento do fenômeno da resiliência constitucional. Trata-se de um tema que também carece de aprofundamento e debate pelos constitucionalistas,

¹⁰⁵ É Barroso quem sumariza o que é judicialização da política, fazendo isso ao mesmo tempo que explica o ativismo judicial: “[a] judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (2012, p. 31, *itálico no original*).

vez que a doutrina constitucional brasileira, paulatinamente, tem-no incorporado em seus estudos dos últimos anos. Portanto, é um assunto ainda em construção, o que exige abordagem cautelosa pelos pesquisadores.

Podem ser mencionados como pioneiros os trabalhos de Paulo Thadeu Gomes da Silva e do grupo formado por Oscar Vilhena Vieira, Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Luciana de Oliveira Ramos, Paulo André Nassar e Rubens Eduardo Glezer. Ambas as abordagens revelaram-se como propostas interdisciplinares, pois buscaram conhecimentos de outros saberes, reforçando o caráter aberto da noção de resiliência.

Destaca-se que a ausência do debate do tema entre constitucionalistas não diminui sua importância para o direito constitucional, até porque – como visto – a própria ideia de resiliência no direito também é incipiente na academia jurídica brasileira. Conforme veremos, a resiliência constitucional não deve ser compreendida exclusivamente como “ferramenta” para resolução de dificuldades e problemas, mas também como possibilidade de reforma no universo constitucional brasileiro e, especialmente, como um mecanismo de controle social do direito. Trata-se, ademais, de proposta que visa enfrentar a complexidade do direito constitucional brasileiro contemporâneo e sua relação com o cenário político e social da modernidade líquida.

Em que pese tratar-se de conceito inovador e incipiente, a resiliência constitucional já abarca uma diversidade de ideias que a possibilita ser caracterizada tanto como mecanismo de proteção do texto constitucional, quanto de atualização. Porém, assim como a noção de direito líquido, falta um acúmulo de conhecimento e debate a respeito do tema, inexistindo parâmetros pacíficos de compreensão.

A compreensão de Gomes da Silva

Gomes da Silva, em *Constituição: resiliência e relevância*, defende que o estudo da resiliência constitucional está relacionado à capacidade do texto de se adaptar facilmente às mudanças. Isto é, de limitar, formal e materialmente, o poder e proteger os

direitos fundamentais, mesmo após as reformas constitucionais e a interpretação constitucional (2009, p. 145). Veja-se que, em exercício de transdisciplinaridade, o conceito construído toma uma das características elencadas no capítulo anterior, de adaptação e transformação, em detrimento de outra característica geral também relacionada – a capacidade de retornar ao estado inicial. Nessa visão, Gomes da Silva associa à ideia de “resiliência” a de “relevância do texto constitucional” para discutir o grau de institucionalização da Constituição, entendendo por relevância a sua capacidade de continuar sendo a protagonista no processo de desenvolvimento político-social (2009).

Para o autor, a reforma constitucional (quando a norma ou parte dela deixa de existir) e a interpretação constitucional (na qual a norma continua a existir, mas tem seu significado alterado) são os elementos capazes ou não de produzir resiliência (idem). Assim, o conceito de resiliência constitucional para Gomes da Silva está mais associado à proposta de mecanismos de proteção do texto constitucional, do que estruturas viabilizadoras de atualização. Identifica-se, também, que esse conceito evoca outra característica da noção de resiliência em um sentido geral, a ideia de equilíbrio e limites preservadores de identidade. Portanto, é relevante para essa proposta a construção de uma ideia de Constituição que possa ser resiliente aos processos de reforma de seu texto.

A compreensão de Dimoulis e Vieira

Dimitri Dimoulis, na introdução de *Resiliência Constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*, categoricamente defende que a Constituição de 1988 mostra-se altamente resiliente, preservando a estabilidade do sistema político brasileiro, bem como atualiza-se e adapta-se às necessidades políticas e econômicas sem abandonar sua ambição normativa (2013, p. 7). Veja-se, logo de início, que, mais uma vez, as noções de resiliência mobilizadas para construir-se um conceito de resiliência constitucional são aquelas relacionadas à adaptabilidade transformadora – que amplia sentidos – sem que a identidade do sistema em questão seja perdida. Dimoulis, ao apresentar o objetivo da pesquisa, registra que a Constituição de 1988 trouxe

Um sistema político consensual, com regras inovadoras de execução de promessas e seguindo um novo modelo de “rigidez complacente” que permite a constante atualização de seu projeto sem que ocorra erosão de sua estrutura – o que designamos neta pesquisa como “resiliência constitucional” (2013, p. 7).

Podemos compreender que, dentro da tipologia constitucional, quanto à estabilidade (SILVA, 2005, p. 40 e seguintes), a resiliência constitucional revela-se como um modelo inédito, instituído pela Constituição de 1988, vez que até então as constituições eram classificadas como rígidas, flexíveis e semirrígidas. A tese proposta no trabalho de Dimoulis e Vieira é repensar o modelo rígido, previsto no artigo 60 da Constituição – que estabelece um processo mais solene para a alteração de suas normas em comparação ao das não constitucionais, não o abandonando, mas viabilizando a atualização e adaptação do texto constitucional às necessidades da sociedade sem a obrigatoriedade de mudança explícita na dimensão normativa do direito.

Os mecanismos de reforma constitucional instituídos pela Constituição de 1988, apesar de limitados, não são dotados de forte rigidez – como normalmente são em constituições dirigentes. Dimoulis e Vieira destacam que três características notadas na Constituição de 1988 foram centrais na construção de uma estratégia atípica de “rigidez complacente” (2013, pp. 41-42):

- (1) flexibilidade procedimental. Comparada com outras constituições, a reforma constitucional brasileira é dotada de maior liberdade, pois são centralizadas no trabalho do Legislativo, livre da obrigação de consulta ou controle popular, da participação dos estados-membros da Federação e da participação do Executivo¹⁰⁶;

¹⁰⁶ Nesse mesmo sentido, Vieira já lecionava que “[p]ara que o rápido envelhecimento dessa Constituição, consequência necessária de sua prolixidade, não a inviabilizasse a cada mudança no contexto político e econômico, o constituinte de 1988 estabeleceu um processo extremamente simplificado para a reforma constitucional. Isto deixaria os elementos fundamentais da Constituição numa posição ainda mais frágil. Neste sentido o estabelecimento de um grupo mais amplo e dinâmico de cláusulas super-constitucionais, inalteráveis, favorece a formação de um *core* material da Constituição dentro do longo documento constitucional formal” (1997, p. 60).

- (2) amplo conjunto de cláusulas constitucionais intangíveis. A lista de cláusulas pétreas brasileira é volumosa, conglomerando princípios clássicos do federalismo, da democracia e da separação dos Poderes com extensa coleção de direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico. Essa característica, além de alterar a topografia constitucional tradicional, assegura o equilíbrio do texto em face de propostas de reforma, que são fiscalizadas pelo Poder Judiciário de acordo com essas “cláusulas superconstitucionais” (VIEIRA, 1999). Consequentemente, esse poder assume um papel de destaque e prioritário em face das reformas, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nos quais a atuação judicial em reformas é exceção;
- (3) definição das vedações materiais. As cláusulas pétreas da Constituição de 1988 devem ser entendidas no sentido de “irrevogabilidade” e não de “imutabilidade”, pois o artigo 60, §4º, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda “tendente a abolir” o núcleo intangível, permitindo mudanças que limitem direitos fundamentais ou alterem o funcionamento das instituições do federalismo, da democracia e da separação dos Poderes.

Esses mecanismos de atualização e reforma do texto constitucional (dotados da chamada rigidez complacente) é que favorecem um alto grau de resiliência fática do pacto constitucional brasileiro (VIEIRA, 2013, p. 23). Vieira explica essa característica é exclusiva do desenho constitucional de 1988, vez que se trata de texto “razoavelmente flexível”, que, associado aos mecanismos de autoexecução e consensualismo político – sistema que “deu voz” à pluralidade sócio-cultural brasileira, possibilita que grupos com o mínimo de organização política alterem as normas constitucionais sem enfrentarem barreiras relevantes (idem, p. 22). O limite está no sistema de proteção de princípios fundamentais da Constituição, que impede que propostas arrisquem a existência da forma federativa, democracia, separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais, salvaguardando o alicerce do texto constitucional à medida em que a atualização do texto ocorre.

Para a teoria de Vieira a respeito do sentido da Constituição de 1988, relevante o fato do texto constitucional ser fruto de um processo político fragmentário. Essa característica possibilitou que se maximizasse a proteção dos interesses dos mais diversos setores presentes no processo constituinte, gerando uma alta lealdade constitucional – entendida como a capacidade da sociedade expressar suas demandas por meio do texto constitucional.

A comparação entre o texto original de 1988 e a versão analisada pelo autor, em 2012, faz com que Vieira conclua que, apesar de ter sofrido mudanças significativas, a Constituição mantém sua essência e estrutura (idem, p. 22). Assim, “[a]comodam estímulos e pressões, preservando sua função e sua identidade em diferentes ambientes” (idem, p. 23). Para ele, a rigidez complacente, associada ao consensualismo político, tem garantido ao processo político atualizar o texto constitucional conservando suas ambições originárias decorrentes do compromisso maximizador.

Veja-se que, entre os elementos do desenho institucional brasileiro, Vieira defende que a delegação normativa é relevante, pois a incompletude e a abertura do texto impõem uma constante atuação do legislador para complementar a vontade constitucional e do Poder Judiciário, evocado para solucionar conflitos não resolvidos no decorrer do processo constituinte (idem, p. 20). Segundo sua proposta, “a resiliência textual contribuiu para garantir a estabilidade do pacto político conciliador e a paulatina realização das promessas constitucionais de longo prazo” (idem, p. 24).

Outra característica relevante é o papel que o Poder Judiciário assume após a Constituição de 1988. A ele foi atribuída a missão de calibração política modeladora, na articulação e na mediação da atuação dos demais poderes. Como zelador de uma constituição social, para além de um guardião – no qual exerce a função clássica de legislador negativo, também atua no sentido de legitimar as mudanças necessárias para a concretização da Constituição. Vieira a respeito afirma tratar-se de um:

Judiciário “moderador”. O Poder Judiciário, depositário de enormes responsabilidades na implementação do texto constitucional, também não se deixou paralisar. Assumiu o papel de calibração do sistema constitucional sem contrariar opções políticas fundamentais de

coalizões políticas consistentes. Vem atuando como guardião dos elementos fundamentais do sistema constitucional e dos mecanismos habilitadores para a tomada de decisão democrática. O exercício dessa função não o colocou em posição contramajoritária, característica de cortes constitucionais que zelam por constituições liberais. Responsável por preservar uma constituição dirigente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, é uma instância legitimadora das mudanças induzidas pelo legislador e pelo executivo na implementação da constituição. Isso não significa, no entanto, que em circunstâncias específicas tenha abdicado de exercer uma função de legislador negativo (idem, p. 22).

Como resultado da compatibilização assimétrica e muitas vezes conflitiva da pluralidade de projetos sócio-políticos, mesmo sem ser marcada pela hegemonia de material, a Constituição de 1988 alcançou um alto grau de lealdade constitucional, como nunca antes visto (VIEIRA, 2013, p. 23).

Conforme proporemos no próximo capítulo da presente tese, o STF poderá reforçar e legitimar essa convocação exposta por Vieira ao assumir a figura de um Tribunal Resiliente.

Para além das duas percepções de resiliência constitucional verificadas, identifica-se que essa estabelece relações com outras teorias constitucionais contemporâneas, as quais expomos a seguir.

Resiliência constitucional e diálogo com teorias jurídicas contemporâneas

A proposta de ceder espaço para que setores sociopolíticos diversos discutam os sentidos da Constituição, cada um de acordo com seus interesses sociais, associada ao fato de que a norma constitucional foi construída propositalmente aberta, não como norma acabada, mas como um elemento para a concretização do projeto normativo constitucional, recepciona no direito brasileiro contemporâneo teorias pós-positivistas. Entre elas, destacam-se o direito dúctil (ZAGREBELSKY, 1999), a sociedade aberta dos intérpretes (HÄBERLE, 2008) e a teoria estruturante do direito (MÜLLER, 2013), aqui brevemente já exposta.

A noção de direito dúctil teorizada por Gustavo Zagrebelsky em *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia* (1999), propõe uma leitura das principais transformações ocorridas no direito constitucional europeu após a Segunda Guerra Mundial.

Zagrebelsky enfatiza a necessidade de construção de uma constituição aberta para a sociedade, a permitir “tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática” (1999, p. 14). Em consequência, a constituição não é compreendida como um projeto sólido, pronto, acabado e fechado de como deve se organizar uma sociedade, fruto de esforços que seriam próprios da primeira fase da modernidade descrita por Bauman; É um modelo fluido, aberto, assimétrico e resiliente, que permite que as respostas construídas aos problemas sociais sejam extraídas do meio social plural e com a participação da sociedade na construção das possibilidades. São características gerais dessa concepção de direito constitucional uma ductibilidade constitucional e uma dogmática fluida.

Ductabilidade está diretamente relacionada com uma separação estrutural entre valores e princípios¹⁰⁷ que devem suportar uma coexistência e compatibilidade, vez que nem sempre são harmoniosos, por meio da regra de que nenhum deles tem caráter absoluto – não se impondo ou eliminando uns aos outros. O direito dúctil concebido por

¹⁰⁷ Para Zagrebelsky regras e princípios são normas, mas, na maioria das vezes, as leis apresentam-se como regras e as normas constitucionais como princípios. Estes guardam a capacidade especial de poderem ser relativizados. Sua teoria apresenta os seguintes elementos diferenciadores de regras e princípios: apenas os princípios desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica. As regras, mesmo as constitucionais, são leis reforçadas que se esgotam em si mesmas, pois trazem significados em abstrato; as regras são interpretadas por meio dos métodos de interpretação jurídica, enquanto os princípios devem ser pré-compreendidos em seu *ethos*, por tratarem-se de autoevidentes; deve-se obedecer às regras. Já os princípios reclamam uma adesão, por isso a necessária pré-compreensão do seu mundo de valores e as opções da cultura jurídica às quais estão inseridos; as regras, como critérios para ações, apresentam-se como comandos de ação/omissão. Já os princípios são critérios para uma tomada de posição (adesão) ante situações concretas que *a priori* revelam indeterminadas; as regras são obedecidas e aplicadas mecânica e passivamente. Os princípios, não podendo ser automatizados, exigem uma tomada de posição de acordo com o caso concreto, jamais em abstrato; as regras são operadas via subsunção, os princípios não se adequam a esse método (1999, pp. 110-111). Essa distinção é relevante para sua teoria, pois princípios e normas jurídicas devem ser ponderados em face das situações concretas.

Zagrebelsky é construído com base em uma desestruturação dos alicerces fundamentais do modelo jurídico positivista dominante da modernidade sólida, filiando-se explicitamente à corrente do constitucionalismo principialista¹⁰⁸.

A imagem de um direito maleável, flexível – líquido – contra a rigidez do modelo jurídico cientificista da modernidade sólida insere-se na perspectiva contemporânea. Rompe-se, assim, com o paradigma de normas gerais, formais, regulamentadoras e abstratas que revelou sua decadência, conforme relatado por Bauman. As características de generalidade e abstração da lei foram deterioradas, relativizadas nos dias de hoje. Nas palavras de Zagrebelsky:

A época atual vem marcada pela “pulverização” do direito legislativo, ocasionada pela multiplicação das leis de caráter setorial e temporal, ou seja, “de reduzida generalidade ou de baixo grau de abstração”, até o extremo das leis-medida e as meramente retroativas, em que não existe uma intenção “regulativa” em sentido próprio: em lugar de normas, medidas (1999, p. 37).

Em face desse constitucionalismo aberto e principiológico é necessária uma dogmática fluida ou líquida, na qual o único conteúdo sólido, como metavalor imperativo, deve ser a exigência de compromisso e coexistência entre os valores e princípios. Essa capacidade possibilitará que efetivamente a constituição porte-se como o elemento de estabilização do direito. A pluralidade dos princípios dispostos no ordenamento constitucional livres de hierarquia impossibilita uma ciência jurídica rígida a respeito da articulação dos princípios, que deverá ser trocada pela prudência em sua ponderação.

É esse elemento, a prudência, que indica a importância dada por Zagrebelsky à *juris prudentia*. Esta dá-se por meio da manifestação dos juízes, que são os garantidores da complexidade estrutural jurídica, não como senhores do direito – no mesmo sentido

¹⁰⁸ De acordo com Luigi Ferrajoli, é comum nas correntes constitucionais principialistas a caracterização da maioria das normas constitucionais como princípios ético-políticos, em especial dos direitos fundamentais. É também característica a adoção de uma separação, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção (2012, p. 17). Segundo o autor, outro traço importante seria a proposta dessas teorias da superação do positivismo jurídico. Todas características são encontradas no trabalho de Zagrebelsky.

em que já foram os legisladores em outras eras –, mas como garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. O autor é enfático em defender que o legislador deve resignar-se em ver a lei tratada como parte do direito e não como todo o direito (ZAGREBELSKY, 1999, p. 153). A interpretação deve orientar-se a partir do caso, para que o julgador se valha de uma pluralidade de métodos interpretativos – em contraposição à abandonada ilusão do positivismo jurídico, de que o ordenamento sempre oferece “a” resposta certa a ser revelada pelo intérprete. Portanto, a ausência de certeza do direito não é uma anomalia, mas uma consequência contemporânea do direito dúctil, sendo assim, inafastável. Pelas características vistas, pode-se defender que a teoria do direito dúctil de Zagrebelsky dialoga com a resiliência constitucional.

O mesmo pode ser afirmado em relação às teses de Häberle a propósito da constituição como cultura (2003, pp. 11-15; 2000) e da sociedade aberta dos intérpretes (2002). Todo o pensamento desse constitucionalista é edificado de uma visão antropológica da constituição e de seus problemas, por entender que o ser humano vive em um entorno cultural ostentando necessidades culturais diferentes e, como um instrumento, o direito deve corresponder a essas (2000, p. 31).

A teoria da constituição como cultura é elaborada para apresentar um enfoque que supere a concepção tradicional de constituição, defendendo que “as normas constitucionais surgem e se entendem como processos culturais e explicam-se por meio dos textos e contextos” (HÄBERLE e KOTZUR, 2003, p. 5). Em outras palavras, a constituição deve anotar os valores culturais de sua sociedade. A única maneira de possibilitar que ela se atente à realidade na qual está inserida é também compreendê-la como reflexo de sua herança cultural¹⁰⁹. Assim, a constituição como cultura, em seu âmago e sua forma, é resultado da obra de todos os intérpretes da sociedade aberta,

¹⁰⁹ Devemos atentar que Häberle desenvolve a noção de cultura como um conceito aberto, pois abarca conhecimento tradicional popular, educação para a cidadania, cultura alternativa, anticultura, subcultura, entre outras. Para ele, ao pensarmos em cultura devemos: “ignorar toda a forma existente de entender a cultura apenas como ‘algo exclusivo dos cidadãos melhor instruídos’, pois essa deve ser considerada seriamente e entendida tanto em sua magnitude empírica como em sua orientação normativa face a duas significativas acepções de ‘cultura para todos’ (H. Hoffmann) e ‘cultura de todos’” (HÄBERLE, 2000, p. 30).

revelando-se como expressão e instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo – de um histórico – e de recepções culturais – voltado para possibilidades futuras (HÄBERLE, 2000, p. 34). A propósito, Pedro Daniel González Rivas Martínez explica que:

Häberle destaca um modelo epistemológico a ser adotado, tanto por estudiosos da fenomenologia constitucional, como pelos participantes do âmbito político. Sua proposta pretende ser um paradigma em todos os sentidos possíveis do termo: uma cosmovisão, uma matriz com força descritiva e disciplinante. Com absoluta congruência, utiliza esta perspectiva teórica; como científico, postula-a e põe em prática ao longo de toda a sua obra. Este enfoque tem seu fundamento último no que chama de verdade “plural”, concepção baseada na dignidade humana de cada indivíduo. Com o reconhecimento de que cada ser humano tem, não só sua própria verdade, também distintos regimes de verdade" (2012, p. 167).

Essa percepção de constituição, segundo Diego Valadés, traduz-se em um duplo processo cultural: de natureza temporal e de natureza espacial. Enquanto processo temporal, apresenta uma dimensão diacrônica, resultante da experiência histórica, e outra sincrônica, que corresponde ao processo constituinte. Cada constituição tem como antecedente cultural a síntese de suas experiências próprias que o constituinte leva em conta para selecionar as instituições e dar-lhes conteúdo determinado. Mas também incluem uma série de demandas e expectativas que se produzem na sociedade no momento mesmo em que se leva a cabo o ato constitutivo. Já por processo espacial identificam-se elementos que diferentes constituintes aportaram ao conceito de Estado Constitucional ao longo do tempo. São padrões culturais cuja origem correspondem a uma sociedade em especial e que se tornaram características de outras constituições – como, por exemplo, o federalismo ou os direitos sociais (VALADÉS, 2003, p. XXVII).

Assim, a dimensão cultural da constituição é identificada com um intenso diálogo interdisciplinar que minimiza o papel da percepção tradicional de constituição como norma suprema geradora de segurança para o Estado. Ela impede a distorção da norma para legitimar arbitrariedades, torna previsível e controlável o funcionamento das instituições, reduz a tensão entre governantes e governados e reforça o Estado Constitucional por meio de um sistema espontâneo, geral e duradouro de adesão à norma. Todos esses atributos são inerentes ao direito líquido e à resiliência constitucional.

Já a sociedade aberta dos intérpretes é uma proposta democrática de compreensão da hermenêutica constitucional pautada na interpretação pluralista e procedimental da constituição. Häberle propõe a tese de que:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (2002, p. 13).

Verifica-se, como já anunciado, uma direta relação com a teoria cultural da constituição, sendo que a interpretação constitucional constitui mais um elemento do anseio democrático de diversidade cultural integrativa, levando-a, segundo Canotilho, às últimas consequências (1994, p. 91). Häberle defende um conceito mais amplo de hermenêutica que se diferencia da interpretação em sentido *lato*, realizada pelos pré-intérpretes da esfera pública pluralista – que desenvolvem força normatizadora –, da interpretação em sentido *stricto*, realizada pelos intérpretes jurídicos da constituição – juízes – que haverão de interpretá-la em correspondência com a atualização pública, fornecendo a última palavra sobre a interpretação. Assim, afirma que a constituição não pode ser uma ordem dirigida exclusivamente aos juristas e juízes como um código normativo¹¹⁰. Para Häberle, há de se reorientar a entendimento dos legitimados a realizar a interpretação constitucional. Em suas palavras:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também das teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional” (2002, p. 12).

¹¹⁰ A “abertura” interpretativa não é a negação de que essa atividade deva ser realizada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido Häberle esclarece: “[a]té pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvidas por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo” (2002, p. 24).

Nesse contexto, a pluridimensionalidade da sociedade aberta dos intérpretes, além de comungar das mesmas características da compreensão de constituição como cultura, propicia a sincronização entre sociedade e direito, pois também aproxima o cidadão do texto constitucional, da mesma maneira que a resiliência constitucional atua.

As tarefas da interpretação jurídica são reorientadas nesse cenário. É reconhecido que a forma de participação da opinião pública no processo interpretativo constitucional não é organizada ou disciplinada. Mas Häberle afirma que é nisso que reside parte da garantia de sua abertura e espontaneidade (2002, p. 43). Agora, os métodos e os princípios jurídicos de interpretação constitucional se tornaram filtros através dos quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles servem como unificadores das múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo (idem, p. 44).

A criação de novas fórmulas de legitimação de poder estatal, como proposta de superação da crise do Estado da modernidade sólida, enfrenta a questão do controle social do Poder Judiciário ante às determinações constitucionais. É uma necessidade do direito constitucional resiliente que ele construa modelos democráticos complementares aos existentes no seu texto constitucional, não no sentido de substituírem as fórmulas semidiretas (ou mistas) de participação representativa (própria de um constitucionalismo moderno), mas que ofereçam resposta ao fenômeno de desconstrução do modelo em crise, como visto nos capítulos anteriores. Nesse sentido, para José Luiz Bolzan de Moraes:

As fórmulas da chamada democracia participativa talvez se constituam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa, escapando, inclusive, às insuficiências – outras – que esta enfrenta, em particular dominadas por sistemas de informação cujo controle público é diminuído (2002, pp. 56-57).

Assim, democracia e a opinião pública têm como desafio contemporâneo permitir a participação também na jurisdição constitucional, por meio da ampliação da hermenêutica constitucional a ponto de garantir à sociedade (como cidadãos e grupos, órgãos estatais, sistema público e opinião pública) a atuação no debate processual constitucional junto ao tribunal (HÄBERLE, 2002, p. 14). Ou seja, além de buscar superar

o déficit de democracia no âmbito do Estado no sentido *lato*, esse deve ser ultrapassado no plano processual (na jurisdição constitucional) (HÄBERLE, 2008). A democratização da hermenêutica constitucional representa, assim, a passagem “de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional *pela e para* uma sociedade aberta” (HÄBERLE, 2002, pp. 12-13). Häberle é taxativo ao defender que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais “devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação” (idem, p. 47).

Em que pese tratar-se da adoção de uma hermenêutica adequada à sociedade pluralista, em um viés republicano de interpretação constitucional, a proposta de Häberle admite que a sociedade debata com o Poder Judiciário questões de relevo, consumando a proposta do controle democrático e autorizando que os indivíduos sejam mais proativos e protagonistas no Estado Constitucional.

A constituição e a democracia não podem ser transformadas em instrumentos simbólicos¹¹¹. O resgate da força republicana e democrática depende do fortalecimento

¹¹¹ Segundo Marcelo Neves, a constitucionalização é o processo por meio do qual ocorre a diferenciação entre direito e política, ambos sistemas sociais autopoieticos. No entanto, em casos de constitucionalização simbólica, ainda que o texto constitucional preveja diferenciação entre direito e política, garantindo sua autonomia, no seio da sociedade há uma confusão entre direito e política, fazendo com que o direito seja fortemente determinado pela política, sem que consiga apenas ser influenciado, filtrando as interferências externas e garantindo a autonomia do direito, que deveria ser regida pelo binômio lícito-ilícito, e não poder/não poder, próprio da política (2007, p. 149). Apesar de, historicamente, esse fenômeno ser mais facilmente identificado em países periféricos, nos quais se poderia argumentar que as estruturas de poder e sociais não estão democraticamente fortalecidas, vê-se, também, esse fenômeno nos países centrais no cenário de modernidade líquida, principalmente a partir da falência do modelo de bem-estar social. No mundo globalizado, em países onde verifica-se a constitucionalização simbólica, ao invés de falarmos em excluídos e incluídos, fala-se na interdependência complexa e assimétrica e de sobreintegração e subintegração dos indivíduos, vez que todos são, de uma forma ou de outra, influenciados pelo fenômeno da globalização. Além disso, nestes países, Neves observa a cidadania, entendida como integração jurídica igualitária na sociedade, como inexistente, uma vez que pressupõe igualdade de direitos e deveres, o que somente seria possível em uma cenário de ausência de constitucionalização simbólica: “[p]ara os sobrecidadãos e subcidadãos a Constituição não se apresenta como horizonte do seu agir e vivenciar jurídicos: os primeiros usam, desusam ou abusam da Constituição conforme as constelações concretas de poder; aos últimos são estranhos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente amparados” (idem, p. 198). Bauman (2005c, p. 12) adota a expressão “refúgio humano” ao descrever situação semelhante dos subintegrados de Neves. Afirma, também, a erosão das fronteiras entre centro e periferia: “[a] lei jamais

da sociedade, permitindo a participação dos indivíduos no processo político. A perspectiva “procedimental” enseja a invasão da política pelo direito, a permitir que o cidadão assuma a responsabilidade solidária, a fim de evitar a privatização da cidadania, caracterizada pela outorga integral do poder decisório ao Estado.

No Brasil, permitir a participação popular nas decisões judiciais constitucionais mostra-se uma possibilidade maximizadora do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição), pois no exame, pelo STF, de matérias importantes para o desenvolvimento nacional, prestigiar-se-ia o debate público de questões de interesse geral. Trata-se de possibilidade que associa os eixos temáticos do procedimentalismo e do substancialismo¹¹². Essa é a leitura que se extrai também de Zagrebelsky, pois, na perspectiva “substantiva”, preconiza-se a manutenção e o fortalecimento dos direitos fundamentais da cidadania e do pluralismo axiológico e, de outro lado, do ponto de vista “procedimental”, há expectativas de submissão do jogo

alcançaria a universalidade sem o direito de traçar o limite de sua aplicação, criando, como prova disso, uma categoria universal de marginalizados/excluídos, e o direito de estabelecer um ‘fora dos limites’, fornecendo assim o lugar de despejo dos que foram excluídos, reciclados em refúgio humano. Do ponto de vista da lei, a exclusão é um ato de auto-suspensão. Isso significa que a lei limita sua preocupação com o marginalizado/excluído para mantê-los fora do domínio governado pela norma que ela mesma circunscreveu. A lei atua sobre essa preocupação proclamando que o excluído não é assunto seu. Não há lei para ele. A condição de excluído consiste na ausência de uma lei que se aplique a ela” (idem, p. 43).

¹¹² A respeito do debate entre procedimentalismo e substancialismo, é importante ver os textos de VIANNA *et al.*, 1999; e STRECK, 2011, pp. 52-63. O conceito de Estado Democrático de Direito proposto por Streck pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a discussão do papel do Poder Judiciário. A noção de Estado Democrático de Direito está ligada à realização dos direitos fundamentais, instrumentando o Estado para suprir as lacunas das etapas anteriores (Estado Liberal e Estado Social do Direito). O procedimentalismo não reconhece um papel concretizador à jurisdição constitucional. Seu principal defensor é Habermas, que critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo direito. Para ele, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central. Critica a ideia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, na interpretação de Streck, “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” (2011, p. 55). O Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. Deve zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. O substancialismo vê o Poder Judiciário como um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas. Não se trata da defesa de ativismos judiciais a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais. Aqui se destacam Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Este entende que a criação jurisprudencial do direito encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição.

político à formal legal e de cumprimento das regras políticas por todos os sujeitos envolvidos (1999).

Também corroboram nesse sentido as ideias de Willis Santiago Guerra Filho, que considera a constituição como um processo, na medida em que ela possibilita a participação massiva dos destinatários das normas constitucionais na “realização efetiva da organização política idealizada na Constituição” (2005, p. 18).

Isso significa que a constituição contemporânea deve estar “aberta para o futuro”, de forma a “prever as condições de sua própria modificabilidade” (GUERRA FILHO, 2005, pp. 18-19), o que se dá por meio de regras procedimentais. Trata-se de uma questão de legitimação do direito por intermédio da legalidade, que, na visão de Habermas, permite abandonar a rigorosa separação entre direito, moral e política de Emmanuel Kant e Weber, rearticulando esses elementos:

A fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, isto é, a legitimidade do Direito, e a sua ‘procedimentalização’, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim nos procedimentos, que fundamentam algum de seus possíveis conteúdos (GUERRA FILHO, 2005, p. 20).

Guerra Filho explica que a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Häberle, como espaço de “debate entre os defensores das diversas concepções a respeito de como melhor compatibilizar valores em conflito” (2005, p. 22), opera-se em especial na pós-modernidade, caracterizada pela complexidade e novidade dos problemas sociais, em que se torna necessário abandonar receitas ideológicas previamente elaboradas como solução para os conflitos.

Os conflitos de valores seriam solucionados por meio do procedimento, em que cada noção possa ser racionalmente demonstrada, argumentando sua superioridade em relação às demais, no caso concreto. Para Guerra Filho, a consecução dos valores fundamentais, sobre os quais se constrói o ordenamento,

Requer a intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente,

estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o Direito moderno (2002, p. 79).

O procedimento permite, então, colocar essas concepções divergentes em comunicação, abandonando-se qualquer preconcepção, e partindo de um consenso acerca da possibilidade de encontrar-se uma solução que harmonize todos os interesses individuais e coletivos.

Mais uma vez aportamos às propostas de Guerra Filho, que entende que o Poder Judiciário deve exercer papel de destaque na produção do direito, suprimindo eventuais ausências e insuficiências da atuação legislativa. Para tanto, essas lacunas devem ser solucionadas no âmbito de procedimentos judiciais, “estruturados de forma que permitam a mais ampla participação, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida” (2002, p. 100).

Resiliência e mutação constitucional

A mutação constitucional apresenta-se com um dos mecanismos de alteração constitucional da Constituição de 1988. Para alguns doutrinadores, conforme será visto, trata-se de instrumento informal de transformação do sentido e alcance da norma constitucional, sem qualquer alteração nas palavras do texto normativo. É informal porque prescinde da observância dos requisitos constitucionalmente previstos para as emendas.

O conceito de mutação foi primeiramente utilizado no final do século XIX pela doutrina alemã, ao ser introduzida a diferença entre reforma constitucional e mutação constitucional. Enquanto a reforma constituiria uma alteração formal da Constituição, a mutação, ao permitir que sentido, alcance e conteúdo da norma fossem alterados sem a mudança do texto, seria vista como uma alteração informal.

Porém, não por isso, não possui limites, inerentes à própria constituição, sob o risco de a mutação tornar-se inconstitucional. Não se pode afirmar ser uma mutação constitucional, por exemplo, se não há relação com a semântica do texto constitucional, ou se não se respeitam os princípios fundamentais (BARROSO, 2009, p. 127) e as cláusulas pétreas. Ademais, sua legitimidade se assenta no próprio consenso democrático: não haverá mutação constitucional se imposta: ela deve estar baseada, necessariamente, nos anseios sociais decorrentes do processo democrático.

A mutação e a reforma constitucionais são complementares, haja vista que ambas possuem o mesmo objetivo de adequação do texto constitucional à sociedade em que se inserem. São resultantes das demandas sociais, filtradas e traduzidas pelos julgadores dos tribunais constitucionais. Segundo Nadja Machado Botelho,

Reforma e mutação operam de maneira complementar, pois quando um ordenamento jurídico é submetido a reformas contínuas, a mutação perde muito do seu sentido, mas, inversamente, quando se receia recorrer à reforma, proliferam as mutações constitucionais, o que demonstra ser inútil tentar barrar as mudanças (BOTELHO, 2011, pp. 37-38).

Gilmar Mendes, Inocência Coelho e Paulo Branco ensinam que a mutação não é privativa do direito constitucional, e tampouco do direito. Ao contrário, por tratar-se de alteração no sentido dos enunciados, sem mudança das palavras (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007, p. 122), pertence ao grupo da semântica geral. No entanto, por ser um texto mais aberto que os demais textos do direito, o constitucional sofre maior influência direta das modificações sociais e fáticas. A mutação constitucional tem sua especificidade no fato de que tem uma linguagem particular, aliada a fatores externos ao mundo jurídico – econômico, social, cultural, que dialogam com o texto constitucional provocando novas leituras da intenção original do constituinte (idem, p. 123).

Miguel Reale (1982) assevera que a mutação constitucional importa em um novo espírito, cuja alteração na semântica pode resultar do impacto de novos valores, superveniência de fatos, e/ou intercorrência de outras normas (que não revogam a anterior, mas que interferem na sua interpretação).

Dessa forma, a mutação caracteriza-se pela alteração do significado da norma, resultante do fato de que há uma incongruência entre o seu texto e a realidade social que o circunda. Nessa proposta, Anna Cândida da Cunha Ferraz sustenta que:

A interpretação constitucional revela-se processo de mutação constitucional sempre que, pela via interpretativa, ao significado da norma constitucional se atribui novo conteúdo, ou se amplia a abrangência da norma para alcançar situações e relações dantes não consideradas como nela incluídos (1993, p. 5).

Conforme ensina Barroso, a mutação constitucional visa garantir o equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a “plasticidade” de suas normas. Ou seja, por meio da mutação constitucional, torna-se possível preservar a essência e identidade da Constituição e, ao mesmo tempo, “adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma” (2009, p. 127). Reside aí o fundamento primordial da mutação constitucional: conferir adaptabilidade à Constituição em face das mudanças sociais, políticas, culturais, econômicas etc., sem prejuízo da estabilidade da ordem constitucional, com a incidência dos limites anteriormente expostos.

Trata-se de conceito que encontra íntima relação com a resiliência constitucional, em especial se tomarmos como parâmetro a noção de Constituição como organismo vivo¹¹³. Para Uadi Lammêgo Bulos, a Constituição deve ser encarada como um sistema aberto à influência de agentes externos, uma vez que mantém relação dialética com o meio circundante:

¹¹³ A ideia de constituição viva é sedimentada entre os constitucionalistas, ainda que alguns – principalmente defensores do originalismo – não concordem com ela. Nos Estados Unidos da América, Oliver Wendell Holmes foi um dos principais defensores da *living constitution*, ideia de que a interpretação deveria ser mais flexível para que pudesse responder às exigências da evolução histórica da sociedade. Tavares afirma: “à Constituição Federal também será assinalada a nota da abstração. Mas ela deixa de ser uma garantia de que o Direito não será causal, construído *a partir de* e *para* situações concretas especialmente determinadas. A abstração do Direito Constitucional serve como pressuposto de sua adaptabilidade, de sua evolução, tornando-a uma ‘Constituição Viva’” (2006b, p. 41, *itálicos no original*). Para o mesmo sentido, ver, também, entre tantos, BULOS, 1997; PEDRA, 2005; STRAUSS, 2010; ZAGREBELSKY, 2007.

À luz disso, é possível compreender uma Constituição como um organismo vivo, porque no seu preparo, no ato mesmo de sua criação, é incumbência do legislador prever possíveis modificações futuras, o que exige conferir às normas elasticidade, abrindo perspectivas de recepção de fatos novos, surgidos após o advento do Documento Supremo. Assim, existem nas próprias constituições certos dispositivos que permitem a sua modificação, justamente para reprimir o espírito conservador do construído e primar pelo equilíbrio mantenedor de todas as suas partes e prescrições (BULOS, 1997, p. 6).

Seria tarefa do legislador constituinte conferir à constituição normas abertas, gerais e abstratas, dotadas de “elasticidade” suficientemente capaz de prever o surgimento de novos fatos, incompatíveis com o sentido dado ao texto originário.

A mutação constitucional permite à constituição superar momentos de incompatibilidade entre norma e fato (conceito psicológico de resiliência), advinda das mudanças trazidas pelas forças presentes na sociedade, que alteram a percepção de determinados valores, como as ideias do bem e do justo.

Ora, verifica-se também a manifestação do conceito ecológico de resiliência, tendo em vista essa necessidade de conferir à Constituição capacidade de adaptar-se e transformar-se, absorvendo distúrbios externos ao mesmo tempo em que se reorganiza, sem perder sua identidade e equilíbrio.

Resiliência e mutação constitucional guardam semelhanças e diferenças. Ambas são fenômenos ainda pouco pacíficos – quiçá, explorados pela literatura, em que pese a mutação já contar com obras que podem ser consideradas clássicas¹¹⁴. As duas tratam de formas de alteração constitucional, bem como do controle social do direito, isto é, da relação do direito com a sociedade. Porém, a resiliência vai além nesse ponto, já que para ela a relevância está na constituição, como protagonista do processo e não na norma constitucional.

¹¹⁴ Confirmam, nesse sentido, entre outros, a seguinte doutrina brasileira: FERRAZ, 1986; BULOS, 1997; BOTELHO, 2001; MENDES, 2007; BARROSO, 2009.

As diferenças, que não são excludentes, estão no fato de que a mutação efetivamente altera a constituição, mesmo sem mudar o seu texto, enquanto a resiliência manifesta-se, ao mesmo tempo, como mecanismo de proteção limitador e preservador de identidade, estabilizadora da política e ampliadora de sentidos para uma adaptação transformadora. Por fim, importante mencionar que todas as concepções de mutação constitucional são voltadas para análise de fenômenos ocorridos via interpretação prioritariamente do Poder Judiciário¹¹⁵, sendo que a resiliência deve ser compreendida também como um fenômeno de mudança diretamente pela sociedade, sendo o Poder Judiciário apenas mais um ator e não o centralizador desta.

Nossa compreensão – resiliência constitucional e direitos resilientes

Como já visto na concepção de outros autores, a resiliência constitucional não se trata de um momento histórico, não é uma conjuntura temporal que se processa a partir de um acontecimento. Porém, existe uma condição para sua compreensão: a aceitação de que vivemos em uma época líquida na qual a insegurança se tornou a regra, o que afetou os paradigmas de estabilidade, certeza, segurança jurídica próprios do discurso moderno do direito¹¹⁶. Em outras palavras, ao nosso ver, é pressuposto para se construir um

¹¹⁵ Ressalte-se, ademais, que é de nosso conhecimento que Ferraz leciona acerca de outras modalidades de interpretação constitucional (autêntica, popular e doutrinária), cuja contribuição na alteração informal da constituição seria reduzida (1986, pp. 09, 165-173).

¹¹⁶ Ferraz Jr. mostra quão relevante foi a ideia de segurança para a sociedade da primeira fase da modernidade: “O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracteriza-se pelo enfraquecimento da Justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder de força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos” (2014, p. 34 – 35). Portanto, as mudanças identificadas na modernidade líquida são relevantes e desestabilizadoras. Bittar e Almeida sintetizam com precisão e crítica este fenômeno: “É nesta medida que se constata a perda de significação: da universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; do princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; da ideia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito frente à

conceito constitucional de resiliência a captação das ideias de Bauman acerca da liquefação das instituições das sociedades modernas e de seus dogmas da cientificidade, racionalidade e do poder soberano, fenômeno marcado pela incerteza, insegurança e falta de proteção. A tríade da ideologia iluminista não foi concretizada, o modelo se mostrou insuficiente e as instituições foram destruídas, abrindo espaço para que a ambivalência seja presente nos dias de hoje.

Imprescindível, também, reconhecer que vivemos com o constitucionalismo a quebra da clausura legalista – em que pese esta ainda sondar o senso comum dos juristas. O cenário revelado por Bauman nos obriga a repensar a exclusividade da lei enquanto fonte de produção do direito e a hermenêutica constitucional, restrita a um modelo de uma sociedade fechada, concentrado na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados (HÄBERLE, 2002, p. 12).

Deve-se, também, abandonar a ortodoxia do direito, no sentido de abertura ao diálogo com outros conhecimentos, ideias, pensamentos e conceitos. Portanto, como um fenômeno aglutinativo e integralizante, precisamos reunir as teorias contemporâneas existentes para viabilizar um compromisso plural, diversificado e heterogêneo na construção do direito constitucional resiliente, não exclusivamente como um “instrumento” para resolução de dificuldades e problemas, até porque a modernidade líquida é marcada pela aversão aos modelos abstratos e universais, mas também como uma proposta de renovação da legitimidade por meio da ideia de revisão e controle social do direito.

ineficácia e à inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade; da intocabilidade da soberania, como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional, quando se sabe que a interface da internacionalização dos mercados e da interdependência econômica tornam inevitável o processos de integração; da garantia de direitos universais de primeira geração, como forma de expressar a proteção à pessoa humana, o que na prática ainda pouco se incorporou às realizações socioeconômicas; da garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direito, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, pelos modos como se pratica e pelas deficiências reais de acesso que possui; entre outros fatores” (2015, p. 765).

Compatibilizando-se as duas compreensões a que fizemos alusões, a resiliência constitucional, como conceito aberto de um processo, manifesta-se ao mesmo tempo em dois modos: atualização e proteção.

Entendemos como atualização da constituição na tríplice dimensão do direito, não se restringindo a alteração do texto legal pelos mecanismos formais nela previstos – as regras de emendamento – e a atuação do Poder Judiciário – judicialização da política. Nesse sentido, temos um processo que capacita e dá forma à expansão das compreensões dos direitos para lidar com a modernidade líquida. A atualização, em nosso ver, trata-se do modo de resiliência constitucional *prima facie*, que, como visto, dialoga diretamente com a mutação constitucional. A necessidade de mudança decorre da constatação de que a constituição é viva e, para assim permanecer, exige a aproximação de seu texto à realidade dos fatos. Só assim fica assegurada a efetividade de suas ordens, vez que acompanha as mudanças sócio-políticas.

Já a proteção, como limite ou restrição, decorre da proposta de manter, após o enfrentamento de mudanças no direito e na sociedade complexa da modernidade líquida, normas estruturais do sistema jurídico, isto é, regras básicas da democracia, dos direitos fundamentais e da legalidade. Essa também é identificada como uma das características elementares do direito líquido, mais um fator que aproxima as duas noções.

Em nossa concepção, transcendendo a concepção de resiliência como processo, a proteção pressupõe a existência de direitos caracterizados como resilientes, aqueles mencionados nas cláusulas pétreas e, especialmente, os direitos fundamentais – que necessitam ser dotados de adaptabilidade.

A modernidade líquida exige empoderamento dos direitos fundamentais, não só confirmando a relevância destes para o direito constitucional contemporâneo, mas a necessidade de enfrentamento da ambivalência na modernidade. O que se almeja são direitos fundamentais que detenham a capacidade de recuperação e retorno depois de

serem a eles impostas mudanças que veladamente atentem contra sua existência¹¹⁷. O mundo contemporâneo precisa da resiliência para assegurar a concretização do princípio sistêmico-constitucional do não-retrocesso.

A constituição não é dotada de um texto com significados estáticos, bem como não é ilimitadamente aberta e semanticamente à disposição do intérprete. A resiliência constitucional trabalha exatamente com essa dinâmica de alterações possíveis nesse universo, gravitacionando em mudanças formais (emendas), pequenas e grandes transformações interpretativas.

A resiliência constitucional, como processo, também é expansiva no sentido de reformular a participação dos cidadãos como concretizadores, como construtores da constituição, por meio dos diversos mecanismos que privilegiam o pluralismo marcante da sociedade democrática e do Estado contemporâneo¹¹⁸. Outrossim, a resiliência deve possibilitar a revisão desses instrumentos, repensando a participação popular na constituição – ampliando a democracia participativa para além dos plebiscitos, referendos e iniciativas populares¹¹⁹. Trata-se, mais uma vez, de outra característica central da concepção de direito líquido traçada.

¹¹⁷ Como visto na parte I desta tese, a sociedade contemporânea enfrenta um cenário de abertura das economias nacionais, desregulação dos mercados, flexibilização dos direitos trabalhistas, privatizações etc., medidas que muitas vezes acabam por configurar limitações aos direitos fundamentais, colocando em risco seu escopo protetivo, sua onipresença e a aplicação do princípio do não-retrocesso. Nesse sentido, Piovesan esclarece que “o movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los” (PIOVESAN, 2000).

¹¹⁸ Importante trabalho acerca da relevância das opiniões da sociedade democrática às decisões referentes à legislação constitucional é *A constitution of many minds*, de Cass Sunstein (2009). Nele o constitucionalista americano defende que quando muitas pessoas pensam algo, isso deve ser levado em consideração nos momentos de interpretação constitucional, que para ele – como para outros autores aportados nesta tese – não é restrita ao Poder Judiciário.

¹¹⁹ Cf. artigo 14 da Constituição de 1988: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Entretanto, a legislação regulamentadora desses direitos (Lei 9.709/98) não assegura a sua concretização, vez que é lacunosa. Para tanto, ver BENEVIDES, 1991.

Nos valem aqui das palavras de Figueiredo, que defende que:

O modelo tripartite clássico evoluiu na busca de um almejado equilíbrio entre as tradicionais expressões de poder político, de um lado e, de outro, novos e mais fortes *controles juspolíticos* de uma democracia própria das sociedades livres. Esse novo modelo deveria multiplicar e aperfeiçoar os *canais participativos* da cidadania, notadamente os de *controle*, instituindo, para este efeito, uma série de *novas funções constitucionalmente independentes*, em paralelo e complementando as funções dos três poderes tradicionais. Passariam a atuar como *extensões da sociedade, inseridas no próprio aparelho de Estado*, portanto *órgãos híbridos*, agindo independentemente mas harmonicamente, com as demais funções de Estado (2015, pp. 22-23, *itálico no original*).

Todos esses elementos convergem para a conclusão de que mudanças constitucionais devem ser vistas como desejáveis, pois significam que o direito está vivo e aberto às demandas e alterações no bojo social. O convívio em sociedade, em um Estado Constitucional, pressupõe a ordem como regra geral, e a norma como instituidora desta ordem. Nesse sentido, resiliência constitucional reflete de maneira adequada esse cenário, e, ao mesmo tempo que garante a previsibilidade esperada do direito, regula e organiza os anseios sociais democráticos, aos quais o direito deve sua legitimidade. Isso porque a reforma constitucional revelou-se ao longo dos anos mais ampla do que aquela prevista a partir de uma perspectiva normativista hegemônica. A resiliência constitucional propicia uma mudança no direito para além da dimensão material e dos mecanismos formais, dialogando com a noção de direito líquido.

Em síntese, direito líquido e resiliência constitucional, como conceitos abertos e em permanente construção e modificação, além de apresentarem algumas características em comum, dialogam e se comunicam para assegurarem a legitimidade do direito na sociedade complexa, pois a resiliência como característica do direito constitucional só pode emergir na vigência da modernidade líquida.

Veremos, no próximo capítulo, como se materializa esse processo de resiliência constitucional no Brasil e em nosso Tribunal Constitucional.

PARTE III – O DIREITO LÍQUIDO E A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vimos anteriormente que, segundo Bauman, as diretrizes modernas colapsaram gerando uma constante relativização de conceitos na modernidade líquida, aumentando o grau de complexidade sócio-político-econômica dos dias de hoje, causando mudanças incessantes inclusive naquilo que era entendido como direito. Esse cenário, marcado pela insegurança e ambivalência, possibilitou a descrição do direito líquido como o direito em permanente transformação, adaptável aos desafios contemporâneos com a agilidade, por meio da pluralidade de fontes e dotado de uma dimensão ético-moral.

Já demonstramos, também, que mudanças constitucionais são almejavéis, pois representam a efetivação da abertura da constituição às demandas registradas na modernidade líquida. O direito constitucional aporta as características do direito líquido quando compreende o processo de resiliência constitucional, assegurando a previsibilidade esperada e atendendo aos anseios sociais, renovando a legitimidade do direito. Ademais, a resiliência constitucional se manifesta ao mesmo tempo como atualização e proteção da constituição, já que possibilita mudanças para além da dimensão e mecanismos formais.

É notório que os tribunais constitucionais têm assumido um protagonismo inédito, vez que a defesa da constituição exige suas participações em dimensão tradicionalmente reservada à política. Uma vez apresentados a noção de direito líquido e o conceito de resiliência constitucional, bem como a relação de ambos, o objetivo desta parte é contribuir com estudos que visam compreender esse fenômeno e o papel hodierno dos tribunais constitucionais. Refletimos a respeito da possibilidade de o STF atuar de acordo com o direito líquido e a resiliência constitucional, concepções viabilizadoras de mudanças ante o direito constitucional brasileiro.

Inicialmente trabalharemos a possibilidade de compreensão do STF como um tribunal resiliente, apresentando o significado e os motivos para classificá-lo assim. Na sequência, demonstrando a importância da pesquisa empírica para o debate de direito líquido e resiliência constitucional no STF, traremos uma pesquisa exploratória com o intuito de avaliar a viabilidade de aproximar o Tribunal com as ideias de liquidez e resiliência.

Capítulo I – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: GUARDIÃO E RESILIENTE?

Este capítulo discute a necessidade de compreensão do STF, historicamente um tribunal concebido na como “guardião da Constituição” – referente ao monopólio de se dizer a última palavra –, como um tribunal resiliente.

Justifica-se, assim, por meio da atuação judicial, a relação entre sociedade, direito líquido e resiliência presente na Constituição de 1988, já ventilada nos capítulos antecedentes. Para nosso trabalho, o reconhecimento e a assunção da condição resiliente pelo STF ocorre de maneira complementar à defensor da nossa Constituição – característica inamovível do tribunal.

Abordamos primeiramente a visão geral a respeito dos tribunais constitucionais, categoria na qual se insere o STF. Após, apresentamos o significado e os motivos de um tribunal resiliente. Em seguida, tratamos de alguns aspectos (históricos e atuais) do tribunal constitucional brasileiro e, por fim, discutimos a respeito da sua condição de guardião e resiliente.

Visão geral acerca de tribunais constitucionais

A constituição necessita de alguma instituição responsável por sua proteção, um guardião? Essa questão, motivada por uma experiência norte-americana, circundou os debates na Europa pós Primeira Guerra Mundial. A exigência de um tribunal como defensor da constituição e, nesse sentido, garantidor de uma esfera inviolável de liberdades e direitos, decorreu de uma contingência histórica. O principal argumento era a necessidade de uma instância superior, independente e autônoma, para controlar e dizer

as leis em prol do poder exercido pela sociedade como um todo, assegurando uma ordem constitucional¹²⁰.

A construção de um tribunal guardião

É clássico o debate a propósito da implementação de um tribunal constitucional, disputa teórica travada por Kelsen e Carl Schmitt. A celeuma refletia a necessidade de atribuir a alguma figura (tribunal ou chefe do *Reich*) os poderes e a capacidade de controlar as leis¹²¹. Segundo Kelsen estava em jogo a necessidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis por meio de um tribunal (2007). Para ele, seria necessário instaurar um tribunal constitucional para resolver um problema da repartição de competências dentro do Estado¹²², com o objetivo de evitar que as decisões políticas ultrapassassem os limites estabelecidos na constituição e fosse assegurada a supremacia da sua norma. Em contrapartida, Schmitt estava preocupado com a situação da Alemanha no início da década de 1930, especificamente com a Constituição de

¹²⁰ O argumento da preservação de uma ordem constitucional a partir do interesse da sociedade também encontra fundamento na própria base da separação dos poderes. A respeito deste e do Estado Constitucional: “[a] vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, cujo art. 16 dispôs: ‘toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes determinada, não possui constituição...’. Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, com caráter de verdade axiomática” (TAVARES, 2005, p. 164).

¹²¹ Virgílio Afonso da Silva desmitifica o embate entre Kelsen e Schmitt, ao afirmar tratar-se de disputa mais simbólica do que real. Defende que os juristas europeus partiam de conceitos de constituição e de ameaças a ela distintos. Kelsen referia-se ao controle de constitucionalidade. Schmitt compreendia a constituição como decisões fundamentais de uma ordem pública a ser preservada (SILVA, 2009). Portanto, não há dúvidas de que a discussão entre esses dois juristas não pode ser deslocada dos diferentes contextos histórico, sócio-político e teórico.

¹²² Diz Kelsen: “[a] divisão de competências que a Constituição austríaca estabeleceu entre Corte Constitucional e a Corte Administrativa corresponde à diferenciação exposta acima, na medida em que o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos individuais – estes últimos desde que sejam determinados diretamente pela Constituição – está confiado à Corte Constitucional. Dentro da competência desse órgão, contudo, incluem-se também aquelas matérias sobre as quais ele decide como Corte Administrativa, na medida em que precisa meramente verificar a legalidade de atos administrativos” (2007, p. 20).

Weimar e a ascensão do nacional-socialismo ao poder. Sua discussão era eminentemente política – apenas o chefe do *Reich*, em momentos de crise, deveria ser o protetor da constituição¹²³.

O debate comprova, cada qual por meio distinto, a necessidade de proteger a constituição. O fato é que conferir a alguém os poderes e a capacidade de controlar as leis é, na verdade, discutir a organização e a estrutura de um sistema de poder. No caso, o marco histórico foi a passagem de um Estado legalista para um Estado Constitucional. Essa transição caracterizou-se por reconhecer, além da lei como a fonte primordial do direito, a imputação de um centro de poder para controlar e limitar o monopólio criativo do legislativo¹²⁴.

Nesse novo paradigma o juiz não era mais *la bouche qui prononce les paroles de la loi*¹²⁵ (MONTESQUIEU, 1777, p. 327), mas um agente aplicador e controlador das leis. Exigia-se um tribunal que atuasse no reconhecimento das fontes do direito e com a

¹²³ Ainda a respeito da defesa da constituição em Schmitt: “[i]mportante considerar que a polêmica de Schmitt contra o normativismo de Kelsen e o pluralismo liberal de Laski com relação à natureza do Estado evidencia o critério monístico de política schmittiano. O Estado enquanto entidade fundamental deve se sobrepor às demais instituições. Todavia, um Estado dessa natureza não pode existir sem um poder soberano. Ainda como decorrência da exigência de um Estado uno e forte, Schmitt defenderá a tese da necessidade da superação da teoria liberal clássica da tripartição dos poderes. Dentro dessa perspectiva schmittiana, o Estado não pode estar fragmentado em poderes autônomos que se contraporiam entre si e se equilibrariam. Por tal motivo, o Führer, expressão do próprio Estado, absorveria funções legislativas (através de medidas, decretos, delegações legislativas, etc) e judiciárias. O Führer seria, então, o próprio guardião da Constituição” (MACEDO JÚNIOR, 2000, p. 66).

¹²⁴ Para constitucionalistas como José Joaquim Gomes Canotilho, em *Direito constitucional e teoria da constituição*, José Afonso da Silva, em *Curso de direito constitucional positivo*, e Tavares, em *Teoria da justiça constitucional*, a marca dessa passagem coincide com o reconhecimento da constituição como fonte do direito e também como conjunto normativo que disciplina as demais fontes do direito, com a imediata redistribuição e articulação dos poderes. Nas palavras de Canotilho, “[c]onstitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (2003, p. 51). No mesmo sentido, Tavares complementa: “[d]oravante, com a implementação dos ideais do constitucionalismo, o poder, pertencente ao povo, é exercido pelo legislador. Mas este é limitado por normas básicas (da Constituição), resultantes da vontade popular (que novamente comparece no discurso teórico). A ruptura está justamente nessa ressalva final. Há uma preocupação primária em conter o poder” (2005, p. 45).

¹²⁵ “A boca que pronuncia as palavras da lei”.

identidade própria de um guardião para proteger, diante da complexidade do sistema, as referências e os parâmetros de decisão.

Naturalmente, a passagem para o controle judicial no Estado Constitucional não ocorreu em todos os países de maneira uniforme e pontual. Como exemplo histórico da origem e do início da sua implementação, pode-se citar o caso *Marbury vs. Madison*, que inaugurou o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, em 1803¹²⁶, ou a instauração dos tribunais constitucionais¹²⁷ na Europa continental pós Primeira Guerra Mundial¹²⁸.

¹²⁶ Segundo Tavares, esse precedente “[i]ncorporou definitivamente ao espírito norte-americano o controle das leis congressuais pelo Judiciário” (2005, p. 52). Figueiredo, em artigo publicado no livro “*Marbury vs Madison*”: reflexões sobre uma sentença bicentenária, sintetiza que “[s]em dúvida, a decisão adotada no célebre caso ‘*Marbury vs. Madison*’ e seu precedente inglês no caso ‘*Bonham*’, constituem importantíssimos antecedentes que iluminam o tema do controle de constitucionalidade no mundo ocidental. Os dois princípios enunciados por John Marshall na célebre *Marbury vs. Madison*: (a) a constituição é a lei fundamental que emana sua autoridade do povo, e não pode ser alterada como uma lei comum; b) os Tribunais têm o dever de vigiar a constitucionalidade das leis e deixar de lados deis e atos que sejam inconstitucionais. Essas duas ideias fundamentais conquistaram o mundo ocidental a partir deste célebre caso” (2011, p. 46).

¹²⁷ Em muitos casos na Europa, os tribunais constitucionais não integram o Poder Judiciário e nem o Executivo, todavia, isso não significa que seus membros não possuam as mesmas prerrogativas e garantias de outros poderes. Uma característica dos tribunais constitucionais é a fixação de um mandato para o exercício das funções por parte dos seus membros, o que permite a regularidade na renovação de sua composição, mantendo-se dessa forma sincronia mais estreita com os anseios sociais. O caso brasileiro é diferente, já que o STF é ao mesmo tempo uma corte constitucional e recursal.

¹²⁸ Favoreau relata que “[a] história das Cortes Constitucionais não é longa, pois realmente teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920). A Espanha republicana seguiu esse movimento, criando em sua Constituição de 1931 um Tribunal das Garantias Constitucionais que durou até a ascensão de Franco. A segunda onda situa-se após a Segunda Guerra Mundial, quando, após o restabelecimento da Corte austríaca em 1945, foram instituídas a Corte Constitucional italiana em 1948, e Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1949, aos quais podemos acrescentar a criação, alguns anos mais tarde, das Cortes Constitucionais da Turquia (1961) e Iugoslávia (1963). A criação do Conselho Constitucional de França, em 1959, deve ser situada nesse movimento, mesmo que na origem não parecesse ter as mesmas finalidades. A terceira onda manifestou-se nos anos 1970, com a criação dos Tribunais Constitucionais de Portugal (Constituição de 1976, revisada em 1982), Espanha (Constituição de 1978) e também, em certa medida, a Corte Especial Superior da Grécia (1975); movimento que se propagou na Bélgica, com a Corte de Arbitragem (1983) que teve grande desenvolvimento na Europa do Leste; Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia, Bulgária (1991), Albânia e República Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996)” (2004, p. 16, *itálico no original*).

Hoje a figura do tribunal constitucional assumiu efetivamente o papel de guardião da constituição. Conforme estabelece Cristina Queiroz, cabe aos tribunais constitucionais, por meio de sua jurisprudência, criar formas de defender e reformular o “Império do Direito” (QUEIROZ, 2000, p. 347).

Em suma, no paradigma do Estado Constitucional, verifica-se que a lei deixa de ser incontrastável, considerando a necessidade de controle por meio do tribunal constitucional para uma melhor organização e exercício do poder. O tribunal é um agente com atribuição própria para agir e desempenhar a função da supremacia constitucional: esse é o objetivo do “Império do Direito”. A principal tarefa é o controle da constitucionalidade, em momentos diferentes (controle prévio ou posterior) e modos diversos (controle difuso ou concentrado).

Ainda há padrões consagrados de tribunais constitucionais?

A aplicação daquela medida consagrou-se em dois modelos constitucionais, “tipos ideais”, amplamente divergentes, a saber: o modelo norte-americano, de natureza difusa – que confere o poder de controle a todo o judiciário –, e o modelo continental europeu, de natureza concentrada – que centraliza suas decisões em um tribunal constitucional¹²⁹.

¹²⁹ Há menção na doutrina de um terceiro modelo, francês, no qual a fiscalização política é exercida preventivamente por um Conselho Constitucional. Porém, trata-se de modelo que repele uma jurisdição constitucional, incompatível com a tradição daquele país (SILVA, 2009).

As diferenças entre eles não eram poucas¹³⁰, por distintas razões históricas¹³¹. As suas bases teóricas eram opostas – direito natural, no modelo norte-americano, positivismo, no modelo continental europeu –, e as suas fundamentações eram diversas – o modelo norte-americano encontrava-se inserido dentro do esquema de freios e contrapesos e do valor da supremacia da Constituição, o europeu continental, como instrumento de garantia da eficácia da constituição, portava-se como um legislador negativo¹³².

Entretanto, o direito constitucional contemporâneo tem observado um movimento de convergência entre esses modelos de justiça constitucional, revelando que a dicotomia está superada. Francisco Fernández Segado, em *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional* (2003), é categórico ao afirmar que o alargamento da justiça constitucional, traço característico dos últimos 25 anos do século XX – coincidente com

¹³⁰ As palavras de Francisco Fernández Segado são elucidativas: “[c]onvém não esquecer que as divergências entre ambos os modelos de controle de constitucionalidade emanam pressupostos histórico-políticos e ideológicos contrapostos que constituem a última e mais profunda *ratio* de sua bipolaridade. Volpe o expõe com clareza meridiana. O sistema norte-americano tem sua razão de ser na vontade de estabelecer a supremacia do poder judicial (o denominado ‘governo dos juizes’) sobre os demais poderes, particularmente sobre o poder legislativo, o que constitui um ato de confiança nos juizes, não enquadrados em uma carreira burocrática e, ao menos no nível dos Estados, de eleição popular em sua maior parte, menos de desconfiança no legislador. A *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, ao contrário, um ato de desconfiança nos juizes, encaminhado a salvar o princípio de segurança jurídica e a restabelecer a supremacia do parlamento, posta em sério perigo pela batalha iniciada por amplos setores do mundo jurídico a favor do controle jurisdicional (difuso) das leis, o que significava deixar nas mãos de uma casta judicial, de ampla medida de extração aristocrática e vocação autoritária, um instrumento de extraordinária relevância na vida de um Estado de Direito” (2003, p. 64).

¹³¹ A propósito do contexto histórico da constituição em cada modelo: “[a] estruturação desses dois paradigmas foi forcejada diante de acontecimentos empíricos: adquiriu grande importância para o sistema europeu a formação de regimes autoritários, que contavam com o respaldo popular e ensejaram todas as hecatombes da Segunda Guerra Mundial; para o sistema norte-americano, os direitos ligados ao liberalismo político, solidificados ao longo do processo de independência, formaram a essência da cultura jurídica dos Estados Unidos” (AGRA, 2005, p. 62).

¹³² Para a diferenciação e demais características dos modelos continental europeu e norte-americano, ver SILVA, 2009. A insuficiente rigidez da constituição pode ser considerada como causa de rejeição do modelo estadunidense. No modelo americano, no qual a constituição apresenta-se mais rígida, o Poder Legislativo tem maior restrição para modificar o texto constitucional sozinho, pois o Judiciário, ao emitir decisão que declara uma lei inconstitucional, ergue uma barreira que se torna intransponível para o Legislativo. Já o modelo constitucional europeu permite que uma decisão de inconstitucionalidade seja contornada por meio de emendamento constitucional (FAVOREU, 2004).

a universalidade da ideia de liberdade, expansão da concepção de dignidade humana e diretos invioláveis –, resultou em uma hibridação¹³³ dos modelos americano e europeu-kelseniano:

A enorme expansão da justiça constitucional propiciou uma mistura e hibridação de modelos que se uniu ao processo pré-existente de progressiva convergência dos elementos, supostamente contrapostos anteriormente dos dois tradicionais sistemas de controle da constitucionalidade dos atos de poder (SEGADO, 2003, p. 58).

Como se observa nas palavras citadas acima, Segado questiona a existência de uma dicotomia, afirmando mais adiante que sequer deve-se defender a uniformidade de um sistema europeu continental, em razão das distinções existentes entre os tribunais de cada país. Já em relação ao modelo norte-americano, o autor entende que ele cada vez mais se aproxima de uma corte constitucional, por via da expedição de *writs of certiorari*¹³⁴, diminuindo sua atuação como última instância recursal – vez que a maioria dos casos selecionados por esse procedimento tem perfil constitucional (2003, p. 75) –, bem como pela reforma de 1988, que eliminou de fato a jurisdição de apelação de natureza obrigatória relativa aos tribunais federais (2003, p. 76).

Tornou-se pacífico que os tribunais constitucionais contemporâneos não se amoldam a nenhum dos padrões clássicos consagrados, que hoje são registrados prioritariamente para fins didáticos. Para Segado o hibridismo também revela que, de fato, há países que aglutinam harmoniosamente em seus sistemas de justiça constitucional mecanismos de controle concentrado e difuso.

Segundo Louis Favoreau, uma característica central das cortes constitucionais é a distinção entre seu o contencioso e o ordinário. O contencioso constitucional é de competência exclusiva de um tribunal especialmente constituído para esse fim, podendo

¹³³ Para outro estudo a propósito da hibridação dos modelos ver PEGORARO, 2005.

¹³⁴ Trata-se de mecanismo que possibilita às partes de um processo pleitearem que sua causa seja revista pela Suprema Corte, que, se, em juízo discricionário, dar-se por convencida da relevância, requererá que o tribunal inferior remeta os autos para julgamento por ela. De acordo com Segado: “[p]or meio do *writ of certiorari*, a *Supreme Court* limitou-se progressivamente a exercer seu controle tão somente no que concerne às questões de maior relevância, que são, geralmente, questões constitucionais” (2003, p. 75).

estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeitos absolutos de coisa julgada (2004).

Favoreau afirma, ainda, que as cortes constitucionais apresentam atributos comuns que permitem identificá-las, sem tirar suas particularidades correspondentes ao meio institucional e sociológico em que se inserem (2004)¹³⁵.

Funções dos tribunais constitucionais

¹³⁵ Traçando um “retrato-modelo” de um tribunal constitucional, Favoreau lista as seguintes características aqui sintetizadas: (1) diversas condições de existência: (a) um contexto institucional e jurídico particular, no sentido de pluralidade de jurisdição. (b) um ordenamento constitucional, “que defina a organização, o funcionamento e as atribuições, colocando-os fora do alcance dos poderes públicos que a Corte está encarregada de controlar. Isto supõe, portanto, a inscrição das disposições necessárias na própria Constituição, assim como a autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição e garantias de independência para os seus membros. Qualquer instituição, cuja existência, funcionamento ou atribuições arrisquem-se a serem desprezados pelo legislador ou pelo governo, não pode ser considerada como uma Corte Constitucional, nem como uma jurisdição constitucional” (2004, p. 27). (c) um monopólio do contencioso constitucional, como jurisdição de contencioso reservado especialmente formada para realizar a justiça constitucional. (d) a indicação de juízes – não necessariamente magistrados – pelas autoridades políticas, “ao contrário das jurisdições ordinárias, não são compostas por magistrados de carreira, que alcançaram seu posto por meio de promoções regulares e progressivas. A indicação dos membros das Cortes não obedece aos critérios tradicionais, o que os distingue das jurisdições ordinárias” (2004, p. 28). (e) uma verdadeira jurisdição, para garantir sua qualidade “[o] que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito *erga omnes*” (2004, p. 32). (f) uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional, diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional. A Corte Constitucional forma um poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à constituição em todos os domínios. (II) competência central comum, ideia de que não há justiça constitucional sem uma competência central que é o controle da constitucionalidade das leis, isto é, a submissão da vontade do Parlamento à vontade da norma: (a) as formas de controle são aparentemente muito diversas, contudo, podemos agrupá-los em torno das noções de controle concentrado por via de ação e controle concentrado por remessa do processo pelos tribunais inferiores à Corte Constitucional, ou de contencioso objetivo e contencioso subjetivo. (b) do ponto de vista das funções do controle da constitucionalidade das leis, o problema é saber se o aspecto objetivo prevalece sobre o aspecto subjetivo: este controle, não importando a forma ou o procedimento utilizado, é pouco usado para dar satisfação diretamente aos indivíduos. (c) as técnicas de controle da constitucionalidade das leis tendem a aproximar-se, principalmente, no que se refere ao conteúdo e ao alcance das decisões.

Antes de apresentar o STF e refletir a propósito de sua caracterização como um tribunal resiliente, para além de um tribunal guardião, registamos as funções dos tribunais constitucionais. Para tanto, valemo-nos de André Ramos Tavares (2006c), que, ao traçar um panorama teórico, estabelece, para além da função de guardião, seis outras atribuições próprias dessas instituições: estrutural, interpretativa, estruturante, arbitral, legislativa e governativa.

O papel tradicionalmente reconhecido de um tribunal constitucional é o de fiscalização (defesa) e aplicação (cumprimento) da constituição (TAVARES, 2006c, p. 21), ou seja, de guardião. No limite, poder-se-ia dizer que a aplicação da constituição é a função primordial do Estado, o que englobaria todas as demais funções (legislar, executar, administrar, entre outras). No Estado Constitucional, como já mencionado, a constituição é o pilar jurídico e, conseqüentemente, o tribunal guardião deve, primordialmente, defendê-la¹³⁶. Afirma-se, ainda, que o alicerce utilitarista das funções dos tribunais constitucionais é baseado na noção de supremacia da constituição. Completa Tavares: “[o] Tribunal Constitucional é o órgão máximo de garantia da supremacia da Constituição, e seu surgimento encontra-se atrelado ao surgimento e à evolução do Estado Constitucional de Direito” (idem, p. 22).

Vale registrar que, para a doutrina em geral, o conceito de tribunal constitucional é restrito (SILVA, 2005, p. 557; AGRA, 2005, p. 55). O tribunal é compreendido como um órgão autônomo (não integrante de nenhum dos poderes) e com o objetivo exclusivo de controlar a constitucionalidade. Nesse sentido Mendes, aportando ideias de Cappelletti, diz que:

Pela singular posição institucional de que desfrutam, as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos

¹³⁶ Nesse mesmo sentido, Mendes: “[e]ssas Cortes devem usar os superpoderes de que dispõem para proteger a Constituição como um todo, arbitrando serenamente, mas com firmeza, as inevitáveis tensões entre os valores constitucionais permanentes – insuscetíveis de nova discussão – e as sempre contingentes políticas públicas, que todo governo implementa e nenhum constituinte jamais pretendeu regular” (2007, p. 135). Valemo-nos, também, das palavras de Favoreau, para quem “[u]ma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos” (2004, p. 15).

jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos. É que, prossegue o mestre italiano, a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, mas se projeta de várias formas sobre todos eles, para conduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais (2007, p. 129).

Para além da tradicional função de guardião, nota-se, ainda, que cabe ao tribunal constitucional o controle dos atos do Estado, e não apenas das leis e normas jurídicas, atribuindo-se, portanto, uma atuação mais ampla do que a mera verificação jurídica, abrangendo toda a sociedade. Segundo Tavares, averiguam-se atividades que não são condizentes com a natureza originária e doutrinária que se atribui a um tribunal constitucional (2006c, p. 25). Valendo-se de um termo das ciências biológicas já consagrado pelo direito, compreendemos que há, nesse ponto, uma certa alopoiese na apropriação de funções pelo tribunal constitucional:

Em parte, por nele (Tribunal) terem sido depositadas muitas esperanças pela sociedade, ao que o Tribunal Constitucional tem correspondido com um alargamento de suas funções. De outra parte, diversas constituições, em face da falência dos demais “poderes”, têm igualmente depositado no Tribunal Constitucional funções especiais e relevantes, do ponto de vista do governo e da governabilidade (2006c, p. 25).

Em face disso, Tavares defende que, dentro da função estruturante, há papéis próprios e impróprios do tribunal constitucional. Os impróprios são imputados ao ente, pela realidade social e estatal, sem levar em conta sua natureza. Os próprios são o inverso, ou seja, naturalmente atribuíveis a um tribunal constitucional, podendo ser, por sua vez, originários ou recentes.

A função interpretativa do tribunal constitucional é compreendida à luz da proposta de Charles Eisenmann, que explica que cabe a ele, mais do que aplicar, completar a constituição, apesar de ser apontado um risco de apropriação dela pelo tribunal (TAVARES, 2006c, p. 30). Isso é minimizado pela profunda influência e penetração que a sociedade exerce na definição dos valores juridicamente estabelecidos. Ou seja, a própria sociedade espera, do tribunal constitucional, a atuação dessa forma, cobrando e acompanhando suas atividades. Nota-se, como consequência disso, a

constituição enquanto um documento vivo e não estanque, realmente refletor das demandas sociais. O tribunal constitucional deve sua legitimidade à sociedade, atuando em constante vigilância. É essa tarefa interpretativa que se aproxima de nossa proposta acerca de uma função resiliente, na qual o tribunal constitucional deve portar-se como aberto aos e norteados pelos anseios sociais¹³⁷ – no mesmo sentido da resiliência constitucional, conforme visto na parte II desta tese.

Deve ser apontado, igualmente, que Tavares aborda a função estruturante, “[p]or meio da qual se promove a adequação e a harmonização formais do ordenamento jurídico” (2006c, p. 32); a função arbitral, atuando como mediador dos conflitos existentes e assegurando o equilíbrio de poderes; a função legislativa, que o autor traduz como “[o] desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral” (idem, p. 37); e, por fim, a função governativa, por intermédio da qual se perseguiriam os fins primários do Estado, claramente cerceado pelos limites constantes da própria constituição (respeitando-se a separação de poderes).

Nossa proposta da função resiliente para os tribunais constitucionais

Para nossa tese, os tribunais constitucionais igualmente detêm uma função resiliente, aportando a resiliência como possibilidade de comportamento em face da complexidade contemporânea própria do mundo líquido. A resiliência permite ao tribunal realizar, ao mesmo tempo, a atualização e a proteção da constituição, redimensionando a função tradicional de guardião – não no sentido de negá-la ou diminuí-la, mas sim no de ampliá-la. Essa conduta viabiliza a expansão da compreensão jurídica de acordo com a

¹³⁷ Como comprovação desse sentido, registramos decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, ao reconhecer haver *periculum in mora* para deferir liminar nos autos do Mandado de Segurança 32.326/DF, que prezou “a indignação cívica” na tomada de decisão. Em suas palavras: “[c]onsidero, ademais, haver *periculum in mora* (perigo na demora) pela gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que, desconsiderando uma impossibilidade fática e jurídica, chancela a existência de um Deputado presidiário, cumprindo pena de mais de 13 (treze) anos, em regime inicial fechado. A indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos legitimam a atuação imediata do Judiciário” (MS 32326 MC/DF, 02/09/2013).

noção de direito líquido vista na parte I, pois assegura uma abertura para que o tribunal adapte-se constantemente aos desafios de uma sociedade ambivalente. Ademais, lida com a pluralidade de fontes jurídicas e dá voz a atores que participam no desenvolvimento do direito segundo as demandas da sociedade em que se inserem, contribuindo com o movimento de definição de valores e de consciência moral.

Ao assumir uma função resiliente, o tribunal reconhece que os lugares comuns automaticamente repetidos em suas decisões e condutas (afirmações como “o monopólio da última palavra”, “o STF como intérprete maior”, “a interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais tribunais” e, em especial, “a Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é”¹³⁸) devem ser reconsiderados, insistimos, não como avulta à sua condição de guardião, mas como possibilidade de renovação de legitimidade.

Retomamos a resiliência constitucional e ampliamos sua percepção, para lembrar que ela está relacionada às mudanças necessárias para que os projetos sócio-políticos do Estado estejam em consonância e harmonia com a constituição. Isso é diretamente elencado com a necessidade política de governabilidade, e não com mudanças em normas estruturais do sistema jurídico, regras basilares da democracia, da legalidade e dos direitos fundamentais. Desafios da modernidade líquida exigem do direito alterações na organização do poder e cremos que essas devem ocorrer de acordo com a agilidade necessária para que os elementos estruturantes dos ordenamentos jurídicos sejam preservados. O que a função resiliente do tribunal constitucional assegura é que esses rearranjos das instituições políticas constantes do texto constitucional não deixarão de ocorrer e serão realizados de acordo com as necessidades democráticas, sem comprometer o equilíbrio constitucional. Mas, reforça-se que a atuação do Poder Judiciário frente aos desafios da modernidade líquida sempre se dará em concorrência com os demais poderes.

¹³⁸ Todas essas expressões aqui colacionadas foram extraídas de julgamentos do STF, sistematizados na Constituição anotada pelo próprio STF e disponibilizada em seu sítio eletrônico. Trata-se de afirmações obtidas ao se consultar os acórdãos relacionados ao *caput* do artigo 102 (STF, 2014).

Portanto, associamos a função resiliente à já referenciada proposta do Poder Judiciário “moderador”, de Vieira (2013, p. 22).

Por sua vez, tribunais resilientes têm a capacidade de melhor lidar com os direitos resilientes – cláusulas pétreas e direitos fundamentais – pois podem tratar da adaptabilidade desses, de maneira ampliativa e maximizadora. Como defendido a respeito do direito líquido, a dimensão moral desses direitos resilientes há de ser observada pelo tribunal em suas atividades interpretativas, para se guiarem pelos metaprincípios do ordenamento. Assim, compete ao tribunal resiliente assegurar a capacidade de recuperação e retorno dos direitos resilientes depois de serem a eles impostas mudanças contrárias às suas propostas de empoderamento. Limitações aos direitos fundamentais e às cláusulas pétreas também devem ser reguladas, sendo a função resiliente do tribunal elemento de controle das referidas restrições.

O elemento essencial da função resiliente de um tribunal constitucional é a efetivação plena e irrestrita da sociedade plural em suas decisões. Como já indicado, aqui a função resiliente aproxima-se daquela denominada por Tavares de interpretativa. Com a pluralidade sedimentar-se-á a participação da sociedade na determinação de valores jurídicos. No exercício da função resiliente, o tribunal não deve restringir a sociedade à figura monitoradora de suas atividades – que cobra e acompanha o tribunal –, deve, entretanto, concretizar o princípio de que todo o poder emana do povo, promovendo, por mais paradoxal que possa parecer, uma possibilidade de revolução democrática em defesa de leituras pluralistas da constituição, do ponto de vista metodológico – como proposto por Müller, revisando a teoria de Konrad Hesse – ou de seus intérpretes – concepção de Häberle.

Vale dizer que a materialização da função resiliente pelo tribunal ocorrerá quando esse realizar a interpretação das normas da constituição de maneira a, também, refletir os valores do tempo em que são interpretadas. A resiliência dos tribunais é constante, acompanhando o fato de a constituição ser viva e em movimento, e corrobora com a leitura de que o enfrentamento da ambivalência pelos tribunais constitucionais dar-se-á

com elementos inseridos na realidade líquida descrita por Bauman, como subsídios da noção de direito líquido.

Três justificativas teóricas para se pensar em um tribunal resiliente

Resta agora verificar quais são os motivos que permitem compreender o STF como um tribunal dotado da função resiliente. Um elemento importante para essa análise é verificar se as decisões da Corte têm a capacidade de causar desestabilização momentânea no ordenamento, gerando uma modificação para um novo equilíbrio. Para tanto, um tribunal resiliente pressupõe o significado da transformação da interpretação constitucional diante de circunstâncias específicas. Ao mesmo tempo, devemos buscar elementos que comprovem o exercício da função moderadora, nos termos propostos por Vieira.

São três motivos que justificam a caracterização de um tribunal constitucional como resiliente. Destaca-se que são de ordem sociológica-jurídica, vistos como fenômeno da normatividade, interessando-se pela influência no Brasil de um tribunal que pode ser classificado como resiliente, independentemente das avaliações que se façam a propósito a resiliência (do ponto de vista dogmático). Trata-se do regime democrático, precisamente da democracia deliberativa, da responsividade judicial e do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno.

Democracia deliberativa

Para a discussão de um tribunal resiliente no regime democrático, abordamos mais uma vez os escritos de Habermas, tendo como foco *Direito e democracia* (1997a e 1997b), em razão da sua enorme relevância para o tema. Nesse sentido, retomamos a compreensão habermasiana de direito e por ela apresentamos mais uma função de um

tribunal constitucional em uma democracia. É necessário compreender o diagnóstico traçado acerca do papel desempenhado pelo direito moderno¹³⁹.

Para Habermas, o direito moderno contribui sobremaneira para a racionalização do mundo da vida, já que faz a ligação necessária para o bom desempenho das esferas da vida social. Isto é, o direito é capaz de traduzir, em termos instrumentais, os influxos comunicativos. O direito moderno possui essa capacidade em razão da sua “dupla natureza”, uma vez que sua validade decorre do fato de ser norma legitimamente produzida por meio de um procedimento democrático, ao mesmo tempo em que é coercitivamente aplicado aos destinatários.

Importante destacar que o direito extrai sua legitimidade de um procedimento democrático, capaz de assegurar a todos os participantes igualdade de condições de participação suficiente para o livre convencimento. Desta feita, o direito moderno é necessariamente fundamentado pelo procedimento que assegura a melhor justificação, afastando, portanto, de um fundamento moral.

Para Habermas, direito e moral são distintos, porém complementares em termos performativos, como Bauman também defende¹⁴⁰. Habermas segue o conceito kantiano de legalidade, no qual o direito possui tanto o elemento da coerção como o da liberdade. Todavia, o seu fundamento último não decorre de uma norma moral (lei da liberdade moral), mas da própria “forma jurídica” assegurada pelo procedimento. A moral racional (ou pós-convencional) é especializada em questões de justiça e aborda em princípio a luz

¹³⁹ Para a compreensão da concepção de direito moderno em Habermas, ver item 2.3. de DIEHL, 2012, pp. 240 e seguintes.

¹⁴⁰ Ferraz Jr., igualmente, compreende a separação entre direito e moral: “[a] justiça enquanto código doador de sentido ao direito é um princípio regulativo do direito, mas não constitutivo. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isso não quer dizer que ele não exista concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida” (2003, p.358). Mais adiante, leciona que: “[e] aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção de injustiça e a consequente perda de sentido. Aí está a força” (idem, p. 359).

forte e restrita da universalização, o que dificulta a sua operacionalização e depende do direito para adquirir efetividade.

Nessa apresentação, o direito não é compreendido apenas como instrumento de estabilização de expectativas de comportamento, mas também como meio de transcendência pelas exigências de novas legitimações. Prevalece, assim, uma tensão estrutural no direito entre a facticidade (positividade das normas) e validade (legitimidade das normas), tanto internamente ao direito (quando ocorre a aplicação coercitiva do direito), quanto externamente (pela legitimidade como o reconhecimento por parte dos destinatários da norma). Refere-se, no limite, a um desdobramento do fato que os autores da norma são também seus destinatários.

O problema – como já visto – configura-se no diagnóstico habermasiano quando o sistema invade e coloniza o mundo da vida, tratando-se de uma invasão da expansão do sistema econômico capitalista e burocrático para além do âmbito da reprodução material e, com efeito, substituindo a própria lógica de entendimento do mundo da vida. As principais evidências dessa colonização são justamente as patologias sociais observadas na sociedade como a reificação do comportamento, a perda de sentido dos planos de vida e os bloqueios de interação social entre os indivíduos. Segundo o sociólogo, há uma tendência de colonização, já que prevalece um caráter conflituoso em relação a essas duas racionalidades (instrumental e comunicativa).

Nesse diapasão, o direito também poderia ser desvirtuado, já que poderia ser tomado de maneira unilateral, servindo unicamente de instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema. Ao mesmo tempo, serve como meio de contestação, capaz de articular novas demandas para orientar novos processos sistêmicos. Percebe-se, assim, que o direito assegura uma mediação necessária para a manutenção da integração social na modernidade, por meio de uma tensão estrutural entre a imanência da norma e sua legitimação.

O que está em questão na concepção habermasiana de direito é a própria circulação do poder e a sua forma de legitimação, tendo em vista a realização da

emancipação. Assim, será condição de legitimidade do poder observar os fluxos comunicativos capazes de orientá-lo para os verdadeiros fins sociais, isto é, a integração social. Sendo Habermas pertencente à teoria crítica, seu programa busca reconstruir o direito para realizar os diagnósticos de época. O interesse é desnaturalizar práticas prejudiciais à emancipação imbuídas nas instituições e produzir avaliações contundentes acerca das práticas.

É importante ressaltar, nesse contexto, que a constituição reflete um processo que deve estar, naturalmente, em constante conflito, com o objetivo de sempre provocar maior legitimidade nas cortes. Aumentando o constrangimento dos atores principais (juízes e legisladores), exige-se permanentemente mais justificativas a propósito de suas decisões, legitimando-as e dando maior coerência a elas perante a sociedade.

Para Habermas, a ideia de um tribunal deliberativo existe - ainda que o processo legislativo seja, para este autor, o momento principal de legitimidade discursiva do direito. Esta é reaplicada em processos de execução do direito (na atividade dos tribunais), nos quais há a necessidade de que a decisão seja justificada e argumentada perante a sociedade. O que se destaca é a função deliberativa desempenhada pelas cortes, atentas aos procedimentos de formação de vontade política e aos influxos comunicativos advindo das esferas públicas¹⁴¹:

Deve-se buscar as condições para a formação racional da vontade política, não só no nível individual das orientações e decisões da atuação dos atores, mas também no nível social dos processos institucionalizados de deliberação e de tomada de decisão. Estes podem ser vistos como mecanismos que têm um efeito sobre as preferências dos participantes; eles identificam os temas, as contribuições, as informações e os motivos de tal forma que, idealmente, apenas as entradas “válidas” passam pelo filtro de negociação justa e de discursos racionais. Assim, a perspectiva muda da teoria da escolha racional para a teoria deliberativa (HABERMAS, 1998, p. 341).

¹⁴¹ É ilustrativa a seguinte passagem: “[o] Judiciário não pode fazer o que quer com as razões; essas mesmas razões desempenham um papel diferente quando os tribunais, com um olho para a coerência do sistema jurídico como um todo, empregá-los em um discurso de decisão que se destina com a questão da coerência ao longo do tempo” (HABERMAS, 1998, p. 192).

Vê-se, assim, que não deve haver distância entre tribunais e política. Ao contrário, deve-se valorizar sua interdependência, havendo, portanto, importante relação entre legisladores e juízes, e deles com a sociedade, representante de forças políticas e ideológicas.

A responsividade judicial

Responsividade é critério presente nos estudos a respeito do controle de qualidade da democracia, tratando-se de verificar a correspondência entre as decisões políticas e os desejos e preferências dos cidadãos (DAHL, 1997). Geralmente, esse critério de análise está relacionado com outro a propósito da representação política, afinal, é o exame da capacidade dos mandatários em satisfazer as demandas dos cidadãos, naquilo que diz respeito à execução de políticas governamentais, de implementação de reformas e atendimentos às demandas. Devemos trazê-la ao universo jurídico para tratarmos da responsividade judicial.

Os juízes não poderiam decidir motivados pela política, pois estão adstritos exclusivamente à função judicial, não podendo extrapolar ou ampliar outras funções de sorte a contemplar outros motivos para decidir. Tradicionalmente, essa posição reflete a compreensão que a ação judicial é baseada na proteção de direitos individuais, operando-se mecanismos retributivos de justiça.

No entanto, a adstrição ao texto legal nas decisões judiciais não obsta o comprometimento social dos juízes e da própria expansão para o diálogo com a sociedade. A discussão remete à questão da legitimidade social da atuação dos tribunais e algumas características da responsividade judicial são a imparcialidade, a integridade, e a eficiência. O principal interesse é verificar em que medida o Poder Judiciário constitui

um meio confiável de resolução de conflitos¹⁴². Ele desempenha importantes papéis em relação à supressão da inércia e da ineficiência dos demais poderes e à canalização de interesses marginais ao processo político¹⁴³.

A atuação democrática exige do tribunal o seu reconhecimento perante a sociedade e, portanto, maior envolvimento dos juízes com as demandas sociais. John Rawls (1997) já abordou o assunto a respeito da importância das análises das práticas deliberativas e das motivações do tribunal, tendo em vista as considerações daquilo que identificava como uma deliberação da razão pública. Segundo ele, as decisões de um tribunal devem refletir valores políticos de justiça, importando para o julgamento de cada caso o peso e a seriedade em que são encaminhadas as deliberações no interior da corte¹⁴⁴.

O ponto destacado é que o Poder Judiciário é um espaço público de deliberação e, ademais, veicula uma série de interesses e discursos da sociedade. Um dos casos mais notáveis está nas decisões da jurisdição constitucional, no qual se busca legitimidade por meio da razão pública. Deve abundar uma comunicação e uma interação constante entre os cidadãos e o tribunal constitucional, correspondendo às demandas e expectativas por justiça. Tal situação também se reflete na noção de resiliência.

¹⁴² Importante compreender que a legitimidade do processo político decorre da observação e efetivação dos valores expressos na constituição, ou em sentido amplo do próprio *rule of law*. Segundo O'Donnell, em *Why the Rule of Law matters*: “o governo deve ser regulado pela lei e sujeito a ela, e dizer que a criação da lei é regulada legalmente por ela mesma é afirmar que o Sistema legal é um aspecto da ordem social geral que, em princípio, traz definição, especificidade, clareza e consequentemente previsibilidade nas interações humanas” (2005, p. 06).

¹⁴³ Nesse ponto, destaca-se que se configura como um canal institucional para veicular os interesses das minorias excluídas do processo político.

¹⁴⁴ Segundo Rawls: “[a] ideia de razão pública especifica os valores morais e políticos que determinam uma relação constitucional democrática do governo em relação aos cidadãos, bem como a relação entre eles. Brevemente, trata-se de compreender o quanto é político a relação (...). É fundamental perceber que a ideia de razão pública não se aplica a todas as discussões de questões fundamentais, mas apenas as discussões das questões que se referem aquilo que considero como pertencentes ao fórum público político. Esse fórum pode ser dividido em três partes: o discurso dos juízes nas suas decisões, especialmente dos juízes na Suprema Corte; o discurso dos oficiais do governo, especialmente dos chefes do executivo e do legislativo; e finalmente, o discurso dos candidatos para um cargo público” (1997, p. 767).

Destaca-se, por exemplo, a figura do *amicus curiae*, que, de acordo com Figueiredo (2008), representa importante mecanismo de acompanhamento, pela sociedade, do exercício da jurisdição constitucional. Compõe, ademais, um rol de instrumentos de exercício democrático (ao lado do mandado de injunção e plebiscito, entre outros), que contribuem para a consecução de uma democracia substancial, em contrapartida a uma democracia meramente formal, para a qual é necessário “produzir o mínimo de cultura política indispensável ao Estado Democrático de Direito” (FIGUEIREDO, 2008, p. 238).

Subjacente à discussão da responsividade importante compreender que o ideal apresentado de justiça é a justificação da decisão pelo tribunal constitucional em cada caso concreto, atentando-se aos valores constitucionais¹⁴⁵. A atuação judicial, razão do comprometimento social dos tribunais, deve, portanto, ser responsiva aos anseios da sociedade¹⁴⁶. A relação entre as transformações por demandas sociais e as alterações no texto da constituição é justamente o que marca a evolução no percurso histórico do direito constitucional.

Neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo pós-moderno)

¹⁴⁵ Verifica-se que a atuação de um tribunal deve ser orientada com vistas à concretização da razão pública, cuja finalidade, para Rawls, é a própria concretização dos elementos constitucionais essenciais, sendo que o conteúdo dos elementos constitucionais essenciais deve ser oriundo de um amplo consenso social normatizado. Rawls parte da seguinte constatação: “[o]bservei no início que, num regime constitucional com revisão judicial, a razão pública é a razão de seu supremo tribunal. Esboço agora duas questões a esse respeito: a primeira é que a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, mas não o de intérprete último da lei mais alta, e a segunda é que o supremo tribunal é o ramo do Estado que serve de caso exemplar de razão pública” (1993, p. 281). Rawls defende na obra um papel atuante do tribunal, verdadeiro agente coletivo, independente de seus membros, no sentido em que deve não apenas controlar a constitucionalidade das leis e exercer a jurisdição constitucional, mas também ser um paradigma institucional, determinando, em cada caso, o conteúdo da razão pública.

¹⁴⁶ De maneira semelhante José Álvaro Moisés sustenta que “o ato de votar per se não é garantia suficiente de que aquilo a que os cidadãos aspiram para suas sociedades se realizará efetivamente: são as instituições de representação, de acesso à justiça, de formulação e execução de políticas públicas que asseguram tanto a distribuição de poder como o direito dos cidadãos de avaliar o desempenho de seus representantes e dos que governam em seu nome” (2010, p.47)

O neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo pós-moderno) é outro motivo que justifica um tribunal resiliente. Trata-se de movimento que busca otimizar a eficácia constitucional por meio das prestações materiais estabelecidas no texto constitucional.

Com forte guarida no constitucionalismo social, fraternal e solidário, próprio de um Estado Democrático Social de Direito, o neoconstitucionalismo defende a concretização dos direitos fundamentais – em oposição ao constitucionalismo clássico representado, sobretudo, na limitação dos poderes do soberano, dos tribunais e do parlamento.

Barroso argumenta que essa concepção de neoconstitucionalismo está relacionada a três marcos fundamentais. O primeiro é o histórico, sendo evidenciada pelas constituições do pós Segunda Guerra Mundial na Europa. No marco seguinte destaca-se o pós-positivismo, admitindo a leitura moral do direito e alcançando questões de justiça dentro do direito. Em suas palavras:

Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (2005).

O terceiro e último marco é o teórico, fundamentado na força normativa da constituição (HESSE, 1991), sustentando que a norma constitucional tem status de norma jurídica, sendo dotada de imediata imperatividade; na expansão da jurisdição constitucional e na nova dogmática da interpretação constitucional, com fortes traços axiológicos e principiológicos.

Há fortes argumentos tanto para defender como para atacar o neoconstitucionalismo pela teoria do direito, afinal, repertórios de uma corrente do

positivismo jurídico exclusivo e inclusivo estão por ambos os lados, ou mesmo ao se constatar o moralismo jurídico como uma modernização do jusnaturalismo. Admitir ou afastar a moral do direito é um traço comum desse debate. Todavia, o importante é constatar o diagnóstico traçado por Dimoulis:

Parece haver consenso doutrinário em torno do fato que a atual conjuntura da teoria do direito poderia ser descrita como “neoconstitucionalista”. Isso ocorre por duas razões. Primeiro, em razão da opinião geral de que os ordenamentos jurídicos modernos não podem ser corretamente entendidos e operacionalizados sem constante referência aos mandamentos constitucionais. A atualidade e onipresença da Constituição (e dos constitucionalistas) nos debates modernos, muitas vezes indicada como “constitucionalização do ordenamento jurídico (2008, p. 04).

Fato é que basta verificar o artigo 6º da Constituição de 1988 para constatar as prestações positivas a serem implementadas pelo Estado social de direito a fim de concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social. São os efeitos que marcam os fundamentos do neoconstitucionalismo hoje no país.

Acerca dos direitos sociais, consagrados, em larga medida, pelo artigo 6º da Constituição de 1988, Piovesan traça panorama, cujos principais pontos trazemos a este debate.

Os direitos sociais (em realidade, direitos econômicos, sociais e culturais) também são decorrentes do pós Segunda Guerra Mundial, resultantes do movimento de internacionalização dos direitos humanos que viu, no Estado, um violador dos direitos humanos, surgindo a necessidade de sua reconstrução pautada por um novo referencial ético (PIOVESAN, 2000). Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe os tais como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, uma vez que não devem excluir nenhum ser humano, e também “[p]orque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são” (idem).

Esse processo provoca a revisão da concepção tradicional de soberania absoluta do Estado, uma vez que a universalização da proteção dos direitos humanos transpassa as

fronteiras nacionais, permitindo-se, ainda que em teoria, atuações de cunho internacional em cada Estado. À medida que direitos sociais são objeto de diversos pactos e tratados internacionais que têm os Estados como signatários, eles passam a ser direitos legais e fundamentais, absolutamente exigíveis, e não devem, conforme completa Piovesan, “[s]er reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão” (idem).

Exposta essa visão geral a propósito das funções dos tribunais constitucionais, e com o intuito de investigar se o STF é um tribunal resiliente, passamos a abordar aspectos históricos do tribunal constitucional brasileiro, revisitando as Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946, para, enfim, refletir a propósito das particularidades da Constituição de 1988 e das atividades contemporâneas do STF.

O tribunal constitucional brasileiro: aspectos históricos e suas atuais características

As Constituições de 1891, de 1934, de 1937 e de 1946

Preliminarmente, deve-se registrar que, atinente ao controle de constitucionalidade, as Constituições de 1824¹⁴⁷ (MENDES, 1995, p. 87), de 1967 (BARROSO, 2012, p. 48) e a EC n. 1/69 (idem) não trouxeram ou não inovaram em nenhum sentido os institutos de controle, motivo que justifica a ausência da menção desses diplomas em nossa análise.

¹⁴⁷ Sem prejuízo desse fato, registramos que Lima Lopes, em *O oráculo de delfos* (2010, p. 198 e seguintes), expõe a existência sob a égide da Constituição de 1824 Da Seção de Justiça do Conselho de Estado (durante o Segundo Império). Segundo o autor, trata-se de um sistema de controle jurídico-político de constitucionalidade, que desenvolveu técnicas decisórias assemelhadas àquelas vistas nos dias de hoje. Em que pese não se referir de um controle judicial da constitucionalidade, inúmeras leis foram consideradas inconstitucionais nesse período. Ademais, destaca-se também a função de controle preventivo de constitucionalidade, igualmente exercido pelo Conselho de Estado ao analisar projetos de lei (idem, p. 161).

O caso brasileiro é peculiar¹⁴⁸. Nos termos das lições de Segado, não é possível afirmar que a nossa jurisdição adotou plenamente o modelo europeu continental ou o norte-americano no controle de constitucionalidade, pelo contrário, se caracteriza como um sistema híbrido. Importante retomar, brevemente, alguns aspectos históricos para compreender como o guardião constitucional brasileiro se configurou, modificou e consolidou, na atualidade, para além da ideia de um guardião, também como um tribunal resiliente.

O primeiro órgão de cúpula da Justiça no Brasil é datado de 10 de maio de 1808, durante a fase colonial, com a instituição da Casa da Suplicação do Brasil. Na sequência, pela Lei de 18 de setembro de 1828, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça. Ambos os casos se referem a uma jurisdição imposta na relação entre império-colônia.

Somente na fase republicana, com o Decreto nº. 848 de 11 de outubro de 1890, foi instalado o Supremo Tribunal Federal, entidade máxima do Judiciário brasileiro, conforme estabelecia os artigos 55 e 56 da Constituição Republicana de 1891. É justamente a partir deste texto constitucional, sob a influência do direito constitucional norte-americano, que se consagrou o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Trata-se classicamente de um controle repressivo realizado pelo juiz, de maneira posterior, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental, prejudicialmente ao mérito.

A Constituição de 1934 preservou o sistema de controle difuso, porém inovou ao permitir uma ação direta de controle da constitucionalidade interventiva, mediante a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do tribunal. Esse modelo também foi reproduzido pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas

¹⁴⁸ Para um estudo histórico do STF ver MENDES, 2014 p. 44-

e conhecida como “Polaca” (em razão de ter sido influenciada pela constituição autoritária da Polônia).

Foi na égide da Constituição de 1946, no âmbito de reforma do Judiciário, que se consagrou o controle abstrato de normas¹⁴⁹, de competência originária no STF, para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, proposta pelo Procurador-Geral da República. Trata-se da consolidação de um controle abstrato, via ação direta de inconstitucionalidade, operando efeitos retroativos. Desde então o Brasil vive um sistema misto de controle de constitucionalidade¹⁵⁰. Nas palavras de Mendes:

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas (2014, p. 41).

A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 traz importantes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, amplia a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, admitindo os

¹⁴⁹ Emenda Constitucional nº 16, de 1965.

¹⁵⁰ Não é pacífico na doutrina o momento de introdução do modelo concentrado de jurisdição constitucional no Brasil. Alguns defendem que ocorreu apenas com a instituição da representação de inconstitucionalidade, decorrente da Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Outros compreendem ser mais antiga, vez que a representação interventiva, presente na Constituição de 1934, efetivamente instaurou o controle abstrato no Brasil. Entretanto, essa ação não tinha eficácia *erga omnes*, fazendo que as leis declaradas inconstitucionais precisassem ser suspensas pelo Senado Federal – instituto da suspensão de execução, também criado pelo constituinte de 1934. Por todos, cf. MENDES, 2014, p. 41, bem como suas afirmações de que “[a] *representação interventiva* foi a antecessora do controle abstrato de normas no direito brasileiro” (p. 80, *itálico no original*) e de que “[a] *representação interventiva* ganhou especial significado nos primeiros tempos. Muitas decisões proferidas nesse processo serviram para esclarecer importantes questões constitucionais sobre a compatibilidade do direito constitucional de diferentes Estados com a Constituição Federal e tiveram influência decisiva sobre o desenvolvimento do direito constitucional estadual” (idem, p. 81, *itálico no original*).

seguintes legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembleia Legislativa dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação ou entidade de classe de âmbito nacional.

O documento estabelece ainda outras espécies de controle de constitucionalidade, como as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, de modo incidental pelo mandado de injunção ou pela via direta. Cria, também, o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº. 3, de 1993, estabelece a ação declaratória de constitucionalidade e, depois, com a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, o sistema é aprimorado, com a equiparação dos efeitos vinculantes e da legitimação ativa igual para ambas as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade – faltando apenas a equiparação dos seus objetos.

Como mencionado, desde 1946, o Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, e, ao longo das últimas décadas, buscou aperfeiçoar esse instrumental. Vale destacar a lição de José Afonso da Silva, entre outros constitucionalistas brasileiros, para quem o Brasil partiu do sistema norte-americano, tendo evoluído para um sistema próprio que mescla o critério difuso por via de defesa e o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, isso não reduz o STF atualmente a uma corte constitucional (como na Europa ou nos Estados Unidos da América) porque não é o único órgão jurisdicional competente em relação à jurisdição constitucional no país. Qualquer tribunal ou juiz, pelo modo incidental, pode conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade. Além disso, o

STF também é uma corte recursal e, portanto, acumula uma dupla função: é o guardião da Constituição e é a última instância recursal de julgamento¹⁵¹.

Este trabalho identifica que o STF pode assumir a condição de tribunal resiliente em complemento à característica de um guardião da Constituição – indispensável para garantir o Estado Constitucional, abarcando uma pluralidade de funções. Isso faz com que o Tribunal amplie seu alcance e a maneira de atuação, abandonando o senso comum jurídico e caminhando para o acolhimento da função resiliente.

Um dos principais efeitos de se endossar a visão do STF somente como tribunal guardião, que possui o poder da última palavra, abandonando ou mitigando a resiliência, é refrear o diálogo em foros formais e informais. Nessa perspectiva, que admite que as discussões se encerram com a decisão judicial, diferentes intérpretes não conseguem enfrentar as decisões do STF. Entretanto, a Constituição de 1988, para além das ações de controle de constitucionalidade, introduz novos instrumentos – tais como audiência pública, mandado de injunção e processo de emendamento mais flexível –, que acoplam uma função resiliente ao tribunal guardião.

O que se destaca na visão resiliente é uma dimensão performativa do Tribunal, que se relaciona com a sociedade e estabelece mecanismos de diálogo com ela. Tais situações são geralmente retratadas pelas pautas aquecidas e estabilizadas por meio de uma atuação ativa do STF com outras instituições, na qual há uma sequência de momentos de deliberação e a construção de uma solução por meio de interações entre os Três Poderes. Segundo Silva e Conrado Hübner Mendes (2008), a ideia subjacente à interação decorre do fato que um tribunal constitucional deve assegurar a autodeterminação deliberativa da elaboração do direito. Isso porque há uma primazia do papel do legislador democrático e é por isso que idealmente o tribunal deve dispor de ferramentas para

¹⁵¹ A competência da STF é originária (artigo 102, I, “a” a “r”, CF), recursal ordinária (artigo 102, II, CF) e recursal extraordinária (artigo 102, III, CF).

mensurar se a decisão legislativa realizou-se em condições ideais de deliberação e se atentou aos anseios sociais.

O fundamento de legitimidade de atuação dos juízes é extraído da própria ordem constitucional, uma vez que o constituinte previu ser necessário o controle do processo político e das demandas sociais¹⁵², via, por exemplo, a revisão dos atos do Poder Executivo pelo Judiciário, ou, ainda, o exercício do controle de constitucionalidade.

Destaca-se que as decisões judiciais operam efeitos políticos e devem atender aos anseios da coletividade – basta recordar as mobilizações sociais encaminhadas pelas vias judiciais que contribuíram para a constitucionalização dos direitos sociais, na passagem do século XIX para o século XX¹⁵³. Da mesma forma, ao longo de todo o texto constitucional brasileiro e dos programas implementados pelos governos, é evidente a preocupação em construir no país um Estado Social, garantidor dos direitos sociais e prestador de atividades positivas, visando reduzir as desigualdades existentes, sobretudo por meio da prestação jurisdicional. É nesse sentido que Arantes e Couto (2006) afirmam a constitucionalização das políticas nacionais:

A Carta brasileira de 1988 se caracteriza por ter constitucionalizado formalmente diversos dispositivos que apresentam, na verdade, características de políticas governamentais com fortes implicações para o *modus operandi* do sistema político brasileiro (ARANTES e COUTO, 2006, p. 43).

Por fim, um tribunal resiliente não dispensa a observação prática das atuações nos casos mencionados, quando se verifica o propósito de interação com as demais instituições e a sociedade. Se assim não fosse, seria muito difícil identificar o que seria

¹⁵² O *caput* do art. 1º da Constituição de 1988 afirma: “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A soberania popular foi fixada por meio de uma democracia representativa, o que inclusive significa a observação das demandas coletivas pelo Poder Judiciário.

¹⁵³ Os principais marcos legais foram as Constituições do México, em 1917, e a de Weimar, em 1919. No Brasil, a primeira constituição a disciplinar a ordem econômica e social foi a de 1934, todavia os direitos sociais só se consagraram constitucionalmente na Constituição de 1988.

uma atuação resiliente, uma vez que normativamente qualquer atuação do tribunal pode ser resiliente.

Na sequência, examinamos uma questão prática atinente à atuação do STF como um possível tribunal resiliente.

Capítulo II – O EMENDAMENTO E A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Notas metodológicas para o debate da resiliência constitucional

A fim de elucidar a maneira pela qual a resiliência constitucional manifesta-se no STF, nos últimos anos, faz-se necessária a realização de uma pesquisa empírica temática, com o fim de observar o comportamento desse Tribunal de maneira sistemática e organizada. Nesse sentido, a tese elabora uma pesquisa exploratória a respeito da transformação do processo de emendamento no país, a partir da busca de alguns julgados no sítio eletrônico do STF e também da lista das Emendas Constitucionais, consultadas no sítio eletrônico do Palácio do Planalto da Presidência da República.

Importante esclarecer que as bases eletrônicas de julgados constituem, hoje, relevante fonte de dados em um contexto de crescente preocupação no estudo do direito não apenas a partir de uma abordagem doutrinária, baseada na hermenêutica de princípios ou na descrição da legislação, mas focada em entender como os tribunais aplicam, de fato, o direito (DIMOULIS, 2013; VEÇOSO *et al.*, 2014, p. 108).

Além disso, ao escolhermos seguir uma pesquisa empírica, estamos cientes da existência de limitações no que diz respeito aos mecanismos de busca de julgados atualmente existentes no Brasil. Pesquisadores têm constatado, por exemplo, que nem todas as decisões são disponibilizadas nos bancos eletrônicos dos tribunais; que, em alguns casos, as decisões não são disponibilizadas na íntegra; e que as ferramentas de busca e de indexação de acórdãos nem sempre são precisas ou permitem acesso fácil a eles (VEÇOSO *et al.*, 2014, p. 110). Por outro lado, evidentemente, a forma como os bancos de dados eletrônicos é construída é relevante para o rigor metodológico das pesquisas de jurisprudência.

Essas limitações não permitem que se descarte a realização desse tipo de pesquisa. Como afirma Dimoulis, “a pesquisa jurisprudencial é necessária para compreender os

comportamentos das instituições que aplicam o Direito, sendo avaliados os raciocínios jurídicos apresentados nas decisões, suas origens e consequências, culturais, econômicas ou políticas” (2013).

A pesquisa empírica, sobretudo de análise de julgados, tem natureza documental, de modo que as decisões deverão ser estudadas a partir de uma perspectiva crítica. O pesquisador deve considerar o contexto político, econômico, social e cultural de produção do texto, a identidade dos autores, a autenticidade e a confiabilidade do texto, a sua natureza e a sua lógica interna, bem como os conceitos-chave que ele traz (CELLARD, 2008).

A seleção de casos que forma esta pesquisa ocorreu por meio da análise de acórdãos disponíveis no sítio eletrônico do STF. Os acórdãos foram selecionados pela ferramenta de busca na aba “Jurisprudência”, sendo adotados os critérios data, órgão julgador e palavras-chave.

No campo referente à data, o marco temporal indicado foi de 05/10/1988, data da promulgação da Constituição de 1988, até a data de atualização da pesquisa em 26/05/2015. No campo referente ao órgão julgador e às ações, foram selecionadas apenas decisões realizadas pelo plenário em ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a preocupação foi entender a argumentação do Tribunal no exercício da função jurisdicional constitucional, discussão com ofensa direta ao texto constitucional. Por fim, foram empregadas as seguintes palavras-chave em pesquisa livre: *emenda e inconstitucional\$ e direito\$ e fundamental\$*.

Obteve-se 139 acórdãos. Após, descartadas as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário, reclamação constitucional e medidas cautelares, foram selecionados apenas os acórdãos que tratavam da constitucionalidade de emenda constitucional no que se refere a direitos fundamentais, e nos quais não se obteve consenso entre os Ministros do STF acerca da configuração de determinados preceitos como cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição), chegando-se ao número de cinco julgados. As análises são apresentadas na sequência.

Considerações acerca do emendamento constitucional

Uma possibilidade de revisão do texto constitucional é o processo de emendamento. Trata-se, em tese, de uma hipótese de resiliência constitucional – abordada na parte anterior – já que se observam transformações no principal texto legal do ordenamento jurídico e determinam a atuação do STF.

Emendamento constitucional possui guarida na teoria do poder constituinte, em especial no exercício do poder constituinte derivado reformador. O interesse é compreender o quanto a possibilidade de emendamento reflete a atuação de um direito constitucional resiliente no Brasil. Afinal, as demandas e as transformações sociais podem ser veiculadas pelas emendas. Nesse sentido, afirma Figueiredo que se trata de “[m]ecanismo eficiente para adequar o sistema político-constitucional à realidade” (2008, p. 239).

Se revisitarmos a divergência entre Thomas Jefferson e James Madison¹⁵⁴, acerca do processo de alteração da constituição norte-americana, à luz da Constituição de 1988, constataremos que Jefferson estaria certo, e Madison, errado, ao contrário do defendido na sociedade norte-americana em relação à sua constituição que sofreu poucas modificações formais.

No caso brasileiro, é importante lembrar que um projeto de emenda constitucional deve-se atentar a uma série de requisitos estabelecidos no artigo 60 da Constituição para resultar em uma alteração do texto. Trata-se das limitações expressas sobre a iniciativa, quórum de aprovação e promulgação, bem como limites circunstanciais no qual o poder constituinte originário vedou a alteração do texto em razão de uma gravidade ou

¹⁵⁴ O debate Jefferson-Madison pode ser resumido no fato de que para Jefferson a constituição deveria ser repensada pelas muitas opiniões de cada geração e, dessa forma, ser aberta para reformas futuras, para Madison, as mudanças constitucionais poderiam ocorrer apenas em situações extraordinárias. Para uma leitura desse fenômeno ver KOCH, 1964.

instabilidade institucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio) e a limitação material em relação ao núcleo intangível identificado como cláusulas pétreas (a forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais). Tais questões a respeito dos limites legais a propósito do emendamento ainda são temas bastante controversos no STF, embora, para esta tese, o intento é saber o quanto as emendas podem representar a noção de resiliência, refletindo a capacidade de transformação do texto constitucional.

Um possível encaminhamento é retomar o texto clássico de Donald Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment* (1995). O cientista político apresenta doze proposições a propósito de uma teoria normativa de emenda constitucional, a partir de uma investigação empírica realizada por meio do cálculo da quantidade de emenda por ano – desde a promulgação da constituição – identificado como taxa de emendamento (*amendment rate*), comparando com outras variáveis. A principal questão para o autor é encontrar uma razoável taxa de emendamento. Ainda que fosse o caso de discutir as dificuldades desta métrica quantitativa e do cálculo da taxa, importante perceber que Lutz está preocupado em avaliar a emenda constitucional para além de preceitos legais convencionais: sua preocupação é empírica. Desse modo, podemos tentar compreender o contexto brasileiro das questões empíricas do emendamento para entender a possibilidade de aproximar esse instituto com a resiliência.

O processo de emendamento: aspectos históricos e suas atuais características

Desde sua promulgação em 1988 até começo de 2015, a Constituição brasileira recebeu 88 emendas em seu texto (aproximadamente três emendas por ano) – o que seria considerado por Lutz uma alta “taxa de emenda”. Pretendemos identificar por que o Brasil pós 1988 possui uma alta taxa de emendamento, especialmente se considerarmos que a Constituição é relativamente jovem (a completar 27 anos) e não possui, como exposto por Vieira, um processo rigoroso de alteração do texto constitucional – rigidez complacente (2013, p. 22). Isso porque o Poder Executivo não participa do processo de

aprovação de emendas, não há controle e necessidade de aprovação pelos estados-membros da Federação e não há qualquer previsão de controle popular, mediante referendo, se cotejado a procedimentos de emendamento em outros países.

Importante comparar as hipóteses de como as constituições anteriores regularam e operaram as emendas. Somente a partir dessa contextualização é possível compreender a ampliação do processo de emendamento na sociedade brasileira contemporânea. Passamos a fazê-lo abaixo.

Constituição de 1891

A Constituição de 1891 garantia a iniciativa de propor emendas constitucionais ao Congresso Nacional e às Assembleias dos Estados (mais da metade das Assembleias, pela maioria da Assembleia respectiva a cada unidade federativa), exigindo dois terços dos votos nas duas câmaras, em três sessões, no ano seguinte à propositura, conforme artigo 90¹⁵⁵. Eram consideradas cláusulas pétreas a forma republicano-federativa e a igualdade de representação dos Estados no Senado. Durante a vigência dessa Constituição, apenas uma emenda constitucional foi aprovada, em 3 de setembro de 1926¹⁵⁶, trazendo alterações pontuais, como a ampliação das hipóteses de intervenção

¹⁵⁵ Artigo 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados.

§ 1º - Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita em três discussões, por dois terços dos votos em uma e em outra Câmara, ou quando for solicitada por dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembleia.

§ 2º - Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso.

§ 3º - A proposta aprovada publicar-se-á com as assinaturas dos Presidentes e Secretários das duas Câmaras, incorporar-se-á à Constituição, como parte integrante dela.

§ 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição (1891). Emenda Constitucional n. 03, de 03 de setembro de 1926.

federal, a criação e modificação de competências privativas do Congresso Nacional, entre outras.

Constituição de 1934

O procedimento de alteração constitucional na Constituição de 1934, regulamentado no artigo 178¹⁵⁷, sofreu poucas mudanças em relação à carta precedente. A iniciativa permaneceu nas mãos do Congresso Federal e das Assembleias dos Estados. A aprovação passou a depender da maioria absoluta dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado, em duas sessões (e não três), em dois anos consecutivos.

¹⁵⁷ Artigo 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (artigos 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os artigos 175, 177, 181, este mesmo artigo 178); e revista, no caso contrário.

§ 1º - Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa:

- a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- b) de mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva. Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos. Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria.

§ 2º - Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembleias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa.

§ 3º - A revisão ou emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A primeira será incorporada e a segunda anexada com o respectivo número de ordem, ao texto constitucional que, nesta conformidade, deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas.

§ 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio.

§ 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.

No entanto, caso a proposta de emenda fosse aprovada por maioria de dois terços em alguma das casas, deveria ser imediatamente submetida à votação pelo outro órgão. A vedação material à emenda constitucional se restringia à forma republicano-federativa, à estrutura política do Estado e a organização e competência dos poderes da soberania. Incluiu-se, por fim, a impossibilidade de reforma constitucional durante a vigência de estado de sítio.

A Constituição de 1934, apesar da sua breve existência, sofreu três emendas, promulgadas por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 1935¹⁵⁸, em resposta às insurgências populares contrárias ao governo de Getúlio Vargas. Assim, equiparou-se o “estado de comoção intestina grave” ao “estado de guerra”; passou-se a permitir a perda de patente e posto aos oficiais das Forças Armadas que participassem do “movimento subversivo” ou praticassem ato subversivo às instituições político-sociais; e admitiu a demissão de funcionário civil, em idênticas condições à dos oficiais.

Constituição de 1937

Com a vigência da Constituição de 1937, as Assembleias Estaduais e o Senado (agora dissolvido) deixaram de possuir poder de iniciativa. Conforme versava o artigo 174¹⁵⁹, eram legitimados a propor emenda constitucional o Presidente da República e a

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1934). Decreto Legislativo n. 06 de 18 de setembro de 1935.

¹⁵⁹ Art. 174 A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.

§ 1º O projecto de iniciativa do Presidente da Republica será votado em bloco por maioria ordinaria de votos da Camara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da Republica, ou que tiverem a sua acquiescencia, si suggeridas por qualquer das Camaras.

§ 2º O projecto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Camara dos Deputados, exige para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Camara.

§ 3º O projecto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Camara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Camara, será enviado ao Presidente da Republica. Este, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver á Camara dos Deputados o projecto, pedindo que o mesmo seja submettido a nova tramitação por ambas as Camaras. A nova tramitação só poderá effectuar-se no curso da legislatura seguinte.

Câmara dos Deputados. A nova regulamentação ampliou consideravelmente o poder do Presidente da República, característica de um governo autoritário.

Qualquer modificação à proposta presidencial por parte da Câmara dos Deputados dependia da concordância do Presidente. Foi incluído o poder de veto do Presidente, na hipótese de proposição de emenda por iniciativa da Câmara dos Deputados. Por fim, incluiu-se a prerrogativa do Presidente em submeter a proposta de emenda constitucional ao plebiscito nacional, em duas situações: (i) caso a proposta de emenda de iniciativa pelo Presidente fosse rejeitada pelo Congresso; ou (ii) caso a proposta de iniciativa da Câmara dos Deputados fosse aprovada, apesar da oposição do Presidente.

A Constituição de 1937 não previa qualquer limite material à reforma constitucional. Ao todo, foram aprovadas 21 emendas, chamadas de leis constitucionais¹⁶⁰.

Constituição de 1946

A Constituição de 1946 retomou o texto de 1934, com poucas alterações. Nos termos do artigo 217¹⁶¹, a iniciativa voltou a ser de qualquer das casas do Congresso

§ 4º No caso de ser rejeitado o projecto de iniciativa do Presidente da Republica, ou no caso em que o Parlamento approve definitivamente, apesar da opposição daquelle, o projecto de iniciativa da Camara dos Deputados, o Presidente da Republica poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projecto seja submettido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projecto só se transformará em lei constitucional se lhe fôr favoravel o plebiscito.

¹⁶⁰ BRASIL. Leis Constitucionais.

¹⁶¹ Artigo 217 - A Constituição poderá ser emendada.

§ 1º - Considerar-se-á proposta a emenda, se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.

§ 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas.

§ 3º - Se a emenda obtiver numa das Câmaras, em duas discussões, o voto de dois terços dos seus membros, será logo submetida à outra; e, sendo nesta aprovada pelo mesmo trâmite e por igual maioria, dar-se-á por aceita.

Nacional e das Assembleias dos Estados. A aprovação voltou a depender da maioria absoluta dos votos nas duas casas, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas.

Foi reintroduzida a regra segundo a qual, aprovada a proposta de emenda por dois terços dos votos em uma das casas, seria submetida de imediato à apreciação do outro órgão e, caso aprovada neste também por dois terços dos votos, dar-se-ia por aceita.

Os limites ao poder reformador ainda eram poucos: não seria possível a propositura de emenda durante a vigência do estado de sítio ou tendente a abolir a forma republicana e federativa do Estado.

Foram 37 as emendas constitucionais aprovadas durante a vigência da Constituição de 1946¹⁶².

Constituição de 1967

A Constituição de 1967 ampliou novamente o rol de legitimados para propor emenda constitucional (artigo 50¹⁶³), sendo eles: Câmara dos Deputados, Senado Federal,

§ 4º - A emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Publicada com a assinatura dos membros das duas Mesas, será anexada, com o respectivo número de ordem, ao texto da Constituição.

§ 5º - Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio.

§ 6º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República.

¹⁶² BRASIL. Emendas Constitucionais anteriores à Constituição de 1988.

¹⁶³ Art. 50 - A Constituição poderá ser emendada por proposta:

I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de Assembleias Legislativas dos Estados.

§ 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

§ 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.

§ 3º - A proposta, quando apresentada à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, deverá ter a assinatura da quarta parte de seus membros.

Presidente da República e Assembleias Legislativas dos Estados. Foram mantidas as regras quanto à iniciativa e aos limites do poder reformados, presentes na Carta de 1934.

A proposta de emenda constitucional dependia também da maioria absoluta dos votos do Congresso Nacional, em duas sessões, que deveriam ocorrer no prazo de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, conforme artigo 51¹⁶⁴.

A Constituição de 1967 foi alterada por meio de 27 emendas, bem como em razão da edição de dezessete Atos Institucionais.

É importante ressaltar que, em 1969, por meio da Emenda Constitucional n. 1, a Constituição de 1967 sofreu profundas mudanças, inclusive quanto ao procedimento de reforma. Retirou-se a competência das Assembleias Legislativas dos Estados para propor emendas constitucionais e passou-se a exigir dois terços dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado para aprovação (artigos 47 e 48¹⁶⁵). Um quadro comparativo com todas as considerações apontadas é apresentado no **Anexo A**.

Em que pese considerar as várias alterações nos procedimentos de emendamento – observa-se um aumento dos legitimados ativos e uma maior flexibilização para propor a proposta de emenda constitucional – o que mais se destaca são as baixas quantidades de

§ 4º - Será apresentada ao Senado Federal a proposta aceita por mais de metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.

¹⁶⁴ Art. 51 - Em qualquer dos casos do art. 50, itens I, II e III, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, dentro, de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, em duas sessões, e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso.

¹⁶⁵ Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou

II - do Presidente da República.

§ 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

§ 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.

§ 3º No caso do item I, a proposta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.

emendas nas constituições antigas (72 emendas no total), quando comparado com a Constituição vigente.

Com efeito, até meados de 2015 já tinham sido aprovadas 88 emendas. A questão relevante é saber se este alto número de emendas representa um direito constitucional resiliente. Indaga se essa abundância traduz na visão da Constituição como uma norma suprema. Tais questões são examinadas a seguir.

Limites da reforma constitucional e a resiliência

Como já mencionado, o Brasil adota como limites materiais para o emendamento as cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, da Constituição), englobando não somente princípios gerais (federalismo, democracia e separação dos poderes), como também inúmeros direitos fundamentais dotados de vagueza. Para parte da doutrina, a característica vaga dos direitos fundamentais pode ser um verdadeiro obstáculo para o processo de emendamento, já que sempre seria possível alegar que um emendamento atenta contra a existência de um direito fundamental. Outro risco seria o aumento de concentração de poderes do STF, no fenômeno intitulado por Vieira de “Supremocracia”¹⁶⁶. Sem fazer

¹⁶⁶ Segundo Vieira, “[a] equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloquentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário” (2008, p. 447). E continua: “[a] Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância” (idem).

juízo de valor, o constitucionalista chama a atenção para a expansão de poderes do STF, que acaba por ocupar posição de destaque:

Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas (p. 457).

Questiona-se o quanto essa restrição à reforma constitucional impossibilita aproximar o emendamento com a resiliência, já que importaria em verificar que existem (i) limites para as transformações – contrariando um sentido amplo e aberto de resiliência – e (ii) uma dificuldade da própria atuação do Tribunal, já que poderia não encontrar consensos em relação aos direitos fundamentais. Considerando que a limitação material à reforma do texto constitucional é a existência de cláusulas pétreas, que, por sua vez, são, mutuamente, dotadas de rigidez e vagueza, pergunta-se como entender o direito constitucional resiliente e a atuação de um tribunal resiliente no cenário de modernidade líquida? Vejamos alguns casos.

Após a pesquisa exploratória já mencionada nas notas metodológicas, foram selecionados cinco casos em que se discutiu, no STF, a constitucionalidade de emendas, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Verificou-se que todos os casos tratavam de temas relacionados ao direito tributário. Tratam-se das ADIs n. 1.497/DF, 939/DF, 2.356/DF, 4.357/DF e 4.425/DF.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.497/DF, argumentava-se a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 12/96, que incluiu, no Ato das Disposições Transitórias, dispositivo que permite a instituição de contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). Isso porque haveria violação aos princípios da não cumulatividade tributária e da não incidência, que impedem a instituição de contribuição social que tenha como fato gerador e/ou base de cálculo de impostos já previstos na Constituição.

A CPMF, no entanto, incidiria sobre fato gerador idêntico àquele no qual incide o imposto sobre operações financeiras (artigo 153, V, da Constituição). Por esse motivo, o Ministro Relator Marco Aurélio de Melo, entendendo que referidos princípios constituem direitos fundamentais do contribuinte, configurando cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição), decidiu pela inconstitucionalidade da emenda.

O voto vencedor, do Ministro Carlos Velloso, entendeu em sentido oposto, argumentando que, apesar de tratar-se de princípios importantes para a igualdade tributária, não podem receber o status de garantias fundamentais, vez que se constituem como meras técnicas de tributação. Assim, trata-se de regra dirigida ao legislador infraconstitucional, não atingindo o poder reformador, motivo pelo qual não são passíveis de alteração pela via da emenda constitucional.

No caso apresentado, verifica-se a já mencionada dificuldade de atuação da corte, não havendo consenso sobre o status de direito fundamental dos princípios da não-cumulatividade e não-incidência em direito tributário.

Já na ADI n. 939/DF, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 2º, da Emenda Constitucional n. 03/93, que autorizava a União instituir o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPFM), e que excepcionava a aplicação, a este tributo, do artigo 150, III, “b”, da Constituição. O Ministro Relator Sydney Sanches argumentou que o princípio da anterioridade constitui direito fundamental do contribuinte e não pode ser excepcionado, nem mesmo por emenda constitucional. Por outro lado, entendeu que as imunidades tributárias previstas no artigo 150, IV, da Constituição, não configuram garantias individuais, podendo ser alteradas, “quando se autoriza a instituição de tributo novo, desde que não se imponha sacrifício desarrazoado a tais entidades”.

Porém, apesar de vencedor, este entendimento não foi unânime. O Ministro Sepúlveda Pertence argumentou que não se pode conferir ao princípio da anterioridade status de garantia individual, de forma a impedir que o poder reformador institua imposto

provisório que não se submeta à referida regra. Outro entendimento prejudicaria a “dinâmica da administração financeira”.

Diversamente, o mesmo Ministro entendeu que as imunidades do artigo 150, IV, da Constituição, apesar de não constituírem por si garantias individuais, seriam instrumentos de salvaguarda de direitos fundamentais da Constituição, tais como a liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político, liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação etc. Trata-se de norma abarcada pelo limite material à reforma constitucional. Nesse caso, mais uma vez, percebe-se a dificuldade em obter consenso sobre quais normas configurariam direitos fundamentais e, portanto, estariam protegidas pelas cláusulas pétreas.

Ressalta-se, por oportuno, que atualmente é pacífico o entendimento de que o princípio da anterioridade é um direito fundamental e constitui limite material ao emendamento constitucional. Porém, o STF levou alguns anos para alcançar tal consenso, conforme se extrai do julgamento do Recurso Extraordinário n. 587.008, em que se entendeu, por unanimidade de votos, que o princípio da anterioridade, inclusive na modalidade nonagesimal, representa uma das garantias fundamentais mais relevantes na esfera dos direitos do contribuinte e estabelece uma limitação ao poder impositivo do Estado. Recai, portanto, sob os limites materiais ao poder reformador, não podendo ser alterada ou mitigada por emenda constitucional.

Na ADI n. 2.356/DF, por sua vez, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 2º, da Emenda Constitucional n. 30/2000, que introduziu o artigo 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual prevê novo prazo de parcelamento (dez anos) do pagamento de valores dos precatórios pendentes na data da promulgação da referida emenda.

Entendeu-se, por decisão da maioria do plenário do STF, que, em se tratando de precatórios pendentes de pagamento, estar-se-ia diante de valor certo e líquido a ser pago por força de decisão judicial transitada em julgado antes da data da promulgação da emenda. Haveria, portanto, antes da edição da emenda, direito constitucionalmente

adquirido de o pagamento ser efetivado até o final do exercício seguinte, conforme redação original do artigo 100, § 1º, da Constituição.

Ao alterar o prazo para pagamento dos precatórios, a emenda constitucional contestada estaria violando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que configuram direitos e garantias individuais, impassíveis de mitigação pela reforma constitucional.

Nota-se que, em voto divergente, a Ministra Ellen Gracie entendeu que, no caso em tela, o poder reformador decidiu com razoabilidade por um excepcional parcelamento dos precatórios ainda não atendidos, tendo em vista o contexto dramático de déficit de recursos públicos disponíveis para atendimento da estratosférica dívida judicial acumulada. Dessa forma, não haveria vedação à reforma constitucional, afastando-se a inconstitucionalidade da referida emenda. Vale trazer trecho do voto:

A Constituição Federal não é imutável exatamente para permitir, dentro de certos limites, a resposta do Estado às vicissitudes do cotidiano. Como visto, o próprio pagamento dos precatórios de natureza alimentícia, excluídos do parcelamento em análise exatamente porque necessário à subsistência de seus beneficiários, encontra-se em situação de dilatado atraso em vários Estados, sendo cada vez mais freqüente nos noticiários casos de cidadãos que faleceram durante a longa espera pela satisfação de seus créditos. Sendo esta a situação dos precatórios considerados prioritários pela Carta Magna, o que se dirá do pagamento dos demais, não alimentares, que agora, ao menos, começam a ser honrados, paulatinamente, por força da norma impugnada.

Verifica-se, novamente, a dificuldade do STF em obter consenso acerca dos limites materiais ao poder reformador. Neste caso específico, o voto vencedor representa uma decisão evidentemente afastada da noção de resiliência, tendo em vista seu distanciamento da realidade e da consecução de determinadas demandas sociais.

Em 2013, a questão dos precatórios foi novamente discutida no julgamento das ADIs n. 4.357 e 4.425, em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62, no que diz respeito à instituição de novo regime especial de parcelamento dos valores de precatórios.

O voto vencedor, do Ministro Ayres Britto, entendeu que referida alteração afrontava as cláusulas pétreas de garantia de acesso à justiça, a independência entre os poderes e a proteção à coisa julgada.

No entanto, mais uma vez houve divergências: o Ministro Teori Zavascki argumentou que “[a] disciplina relativa ao pagamento de precatório está dentro do poder constituinte derivado”, de forma que seria exagerado conceder à referida norma status de direito fundamental, não podendo haver, nesse caso, limitação ao poder reformador.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, proferiu entendimento no sentido de que a instituição de novo regime de parcelamento de precatórios não ofende a coisa julgada, pois não interfere no valor da condenação, sendo que a emenda procurou “[d]ar racionalidade ao sistema, instituindo também uma série de responsabilizações ao Estado”.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o novo regime de pagamento permitiu que diversos Estados conseguissem quitar ou ao menos iniciar o pagamento de seus precatórios, o que contribuiu para superar uma situação esta sim inconstitucional, em que o Poder Público restava impossibilitado de pagar suas dívidas.

Observamos que, em todos os casos estudados, há divergência na argumentação dos Ministros, não havendo um posicionamento unificado do STF, que não se apresenta como instituição, mas, antes, como um aglomerado de Ministros com opiniões distintas. Ainda quando votam no mesmo sentido, muitos Ministros partem de premissas e argumentações distintas¹⁶⁷.

Importante destacar que os estudos consolidados por Dimoulis *et al.* também trazem relevante análise empírica do conteúdo do controle de constitucionalidade das

¹⁶⁷ Mendes, em Onze Ilhas, a respeito deste fato, afirma que: “[s]e tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros” (MENDES, 2010).

emendas constitucionais pelo STF. Uma das conclusões foi que em apenas quatro decisões, do total de 84 ADIs analisadas, “[o] STF foi refratário ao conteúdo de mudanças normativas substanciais promovidas por meio de emendas. O potencial do Supremo para barrar mudanças no texto constitucional não mitigou, na prática, a resiliência da Constituição Federal de 1988” (2013, p. 79).

Embora possa observar-se uma deferência do STF em relação ao Poder Legislativo, esse estudo sustenta que, no plano argumentativo, a noção de resiliência é complexa para o Tribunal e se relaciona com um jogo político com outras instituições. Isso porque, primeiro, é difícil que Ministros encontrem consensos e, segundo, muitos Ministros comparecem às sessões com seus votos prontos e posicionamentos já tomados, o que dificulta a plena deliberação interna no âmbito do STF. Juízes e legisladores cotidianamente não se preocupam em dialogar com os cidadãos e outras instituições, mas enfrentam pressões políticas, negociam e barganham seus votos. Nesse sentido, na dimensão prática, a resiliência tem desdobramentos e sua complexidade aumentada.

É por isso que essa indefinição em relação aos sentidos dos termos de direitos fundamentais pelo Tribunal corrobora o argumento que o texto constitucional não é dotado de um significado estático. A resiliência constitucional abordada nessa pesquisa se sustenta a partir da multiplicidade de atores e da fragmentação dos sentidos, por meio dos diversos mecanismos que privilegiam o pluralismo marcante da sociedade democrática, ainda que algum sentido mínimo – como condição de cognoscibilidade – deva prevalecer. Para um tribunal resiliente, este é um dos principais dilemas enfrentados: a construção de sentidos e formação de confiança num contexto de liquidez absoluta.

Tal situação pode ser confirmada por uma análise dos conteúdos das emendas – o que elas indicariam?

O que as emendas constitucionais indicam?

Quantitativamente as emendas podem indicar uma situação de resiliência – indicando formalmente mudanças –, mas importante verificar qualitativamente se esta hipótese pode se sustentar de fato. Há construção de novos sentidos?

Uma tese importante sustentada por Rogério Bastos Arantes e Claudio Gonçalves Couto (2006), justifica que esse alto número decorre da necessidade dos mandatários posteriores à Constituição viram-se obrigados a governar por meio das emendas constitucionais, já que o constituinte alocou conteúdos sócio-políticos (políticas públicas) no texto constitucional. Afirmam os autores:

A agenda política e governamental brasileira segue sendo uma agenda constituinte, não porque sucessivos presidentes quiseram mutilar os princípios fundamentais ou por outra razão exógena, mas porque a própria Carta os obrigou a alterar a Constituição para implementar as políticas públicas (ARANTES e COUTO, 2006, p. 58).

Recorrendo aos critérios utilizados por Arantes e Couto, que diferenciaram uma normatividade constitucional própria (*polity*) – que se refere às estruturas gerais de um texto constitucional de inspiração liberal – de uma outra normatividade governamental (*policy*) – resultado do jogo político e que possui um texto detalhado sobre determinada controvérsia ou política pública –, chegamos ao resultado que, das 88 emendas, 56 tratam de conteúdos relativos à política pública, e 34 emendas discutem temas da própria estrutura constitucional, conforme visto na tabela abaixo¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Destaca-se que a emenda constitucional n. 3/93 foi computada como estrutura geral (*polity*) e como política pública (*policy*) na medida em que se tratava tanto de competências quanto de criação de tributos. Tal dupla computação também ocorreu com a emenda constitucional n.80/14, pois aborda a equiparação da Defensoria Pública do Estado ao Ministério Público, bem como enumera princípios que diz respeitam à orientação de políticas públicas de acesso à justiça.

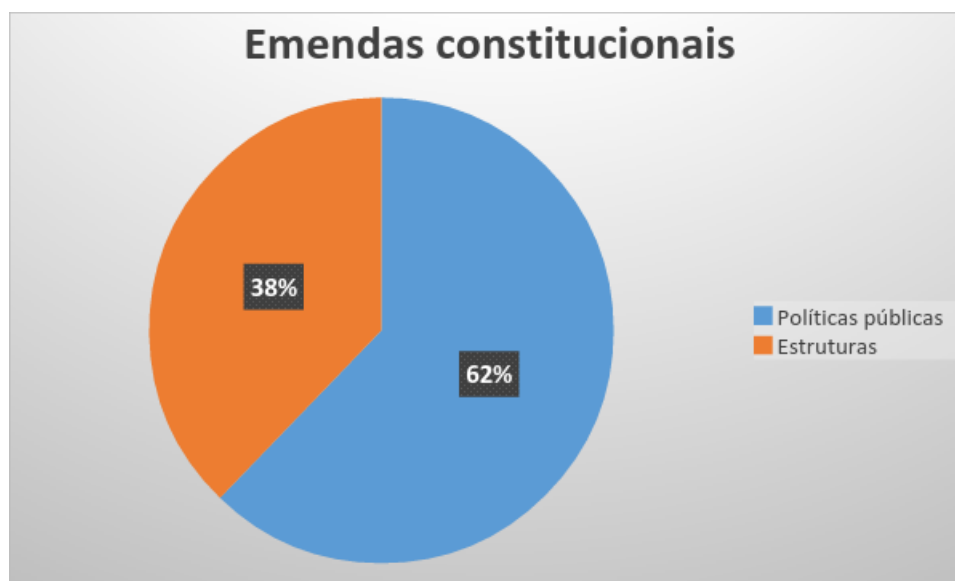


Tabela 01. Fonte: Elaboração própria (O quadro indicando o critério classificatório por emenda se encontra no **Anexo B**).

Esses dados corroboram com a tese de Arantes e Couto de que atualmente cada vez mais, no país, emendam-se dispositivos de políticas públicas (*policy*) em relação a dispositivos de estruturas (*polity*). Nesse sentido, discute-se o quanto isso efetivamente representa a noção de resiliência constitucional defendida nesta tese. O texto constitucional transforma-se cada vez mais em mecanismo principal de atuação do governo e amplia o desafio de formar coalisões majoritárias nas casas do Poder Legislativo.

O que se observa é ampliação dos participantes do jogo político, característica comum ao direito líquido e à resiliência constitucional. Em outras palavras, há um processo de emendamento estratégico para os mandatários conseguirem governar ao mesmo tempo que enfrentam dialogicamente outras autoridades – como juízes e legisladores. Por esse aspecto, a análise demonstra o sistema constitucional brasileiro é dotado de resiliência a fim de adequar o direito às demandas políticas.

Nessa faceta, há uma ampliação de participantes e de instituições em um contínuo diálogo que ultrapassa o monopólio de um tribunal dizer o direito ou de uma autoridade governar sem prestar contas. Resiliência no direito não implica em concentração de

poderes em uma única instituição ou uma excessiva judicialização de demandas– o que pode sinalizar um tribunal que avoca para si uma responsabilidade unilateral de dizer e aplicar o direito, podendo cogitar que ao delimitar os seus próprios contornos, o tribunal constitucional estaria eventualmente reforçando uma concentração de poderes e contrariando o propósito deliberativo¹⁶⁹.

A experiência do emendamento, em tese, aproxima-se da noção de resiliência constitucional, já que se trata da alteração do texto constitucional. Muito embora verifique-se um número elevado de emendas, na prática, tal aproximação com a resiliência é mais complexa, haja vista o uso estratégico das emendas pelos mandatários e das próprias limitações do poder de reforma constitucional.

O que se destaca é que, neste contexto de modernidade líquida, prevalece também uma interdependência entre direito líquido e política, que é evidenciada pela resiliência - trata-se da relação plural e dialógica entre juízes, mandatários e cidadãos. A pesquisa a propósito do emendamento revela que há uma interação prática, e negar tais circunstâncias no enfoque resiliente seria admitir que não existem forças políticas e ideológicas operando na sociedade líquida. É por isso que o desafio contínuo da assunção da função resiliente pelo STF é a produção de melhores respostas (novos sentidos) em termos argumentativos e o atendimento de um critério de maior coerência e de legitimidade das suas atuações.

¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido, Silva e Mendes: “A jurisprudência constitucional exigida por Habermas é aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política. Assume, nos termos de Habermas, um papel de “tutor” do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, não de regente, que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade” (2008, p.209).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta tese, algumas questões serviram como pano de fundo para a construção das noções de liquidez e resiliência no direito constitucional brasileiro. Passemos, então, a sintetizar cada uma dessas colocações com o fito de retomar nossa concepção a propósito da possibilidade de se cogitar que o STF exerça a função resiliente para além de guardião da Constituição nas condições de modernidade líquida.

Na Parte I, *Direito líquido? A contribuição da sociologia de Bauman para compreensão do direito contemporâneo*, refletimos a respeito das seguintes colocações:

Quais são as premissas sociológicas para a compreensão do direito líquido?

Adotamos a perspectiva sociológica porque permite observar, de maneira externa, a forma pela qual se aplica o direito, uma vez que este é constantemente submetido aos reflexos das mudanças sociais. Dentre as premissas destacam-se autores – Erlich¹⁷⁰, Luhmann¹⁷¹, Habermas¹⁷² e Santos¹⁷³ – que auxiliam a tematização do direito pelo diagnóstico da modernidade. Entretanto, é com Bauman que a descrição da modernidade ganha contornos mais precisos.

Qual o cenário de modernidade em que se insere o direito?

¹⁷⁰ Erlich traz a visão de que o direito não seja apenas captado nas normas oficiais e sim no agir humano. Essas ideias, para além de se tornarem um marco ao pluralismo jurídico, estão imbricadas em propostas pós-positivistas como a da teoria e metódica estruturante de Müller. Para esses autores há necessidade de observação direta dos fenômenos sociais (políticos, econômicos e culturais).

¹⁷¹ Luhmann trabalha o direito como um subsistema da sociedade, embora sua teoria não contribua com instrumental para enfrentar os problemas aqui desenhados.

¹⁷² A teoria crítica, preconizada na sua última fase por Habermas, foi relevante para a tese no sentido de que estabelece um processo dialogal para se pensarem as concepções modernas do direito, colaborando com a relegitimação da doutrina jurídica como discurso emancipador, no qual o direito traga elementos de reestruturação e recuperação para além do formalismo estabelecido na letra da lei.

¹⁷³ Santos defende a necessidade de desconstrução do direito moderno ocidental, para que se encontre novamente aquilo que foi suprimido a partir da vinculação capitalismo-colonialismo.

A respeito do cenário de modernidade em que se insere o direito, é aquele que Bauman denomina modernidade líquida. A mobilização desse autor justifica-se, em primeiro lugar, por estar seu pensamento intimamente relacionado às análises de mundo do século XXI. Repensar as relações humanas também provoca o repensar das relações de poder. Ainda que Bauman não trate diretamente do direito e de teorias jurídicas, toca em temas bastante ligados àqueles, e por essa razão optamos pelo estudo de sua obra, para que pudéssemos refletir acerca da possibilidade social do direito, do papel das constituições na sociedade líquida e, a partir daí, estabelecer conexões entre o direito constitucional e a resiliência.

Bauman avalia a modernidade em duas fases: sólida e líquida. A sólida corresponde ao momento de desconstrução das concepções pré-modernas, pautadas pela ordem natural revelada por Deus. Com a modernidade ocorreria a transformação social, e por meio da racionalidade instrumental científica, seria construído um modelo perfeito e eficaz de planejamento universal, estanque. É nesse contexto que surge o Estado-nação como detentor do monopólio da ordem e garantidor da organização, limitando e controlando cientificamente as liberdades individuais e condutas morais em um movimento pautado pela racionalização. Propunha-se a eliminação da incerteza e da ambivalência. A busca moderna pela uniformidade e ordem acaba por gerar mais ambivalência e diversidade, produzindo mais divisões do que se conseguiu livrar.

Na modernidade líquida, por outro lado, não há uma ilusão da existência de uma ordem, um Estado e uma sociedade justos, sem conflitos, e há um retorno à ambivalência nas mais diversas esferas de atuação humana. É representada por uma perspectiva fluida, que se adapta aos desafios da complexa sociedade contemporânea. Vivem-se velocidade, mobilidade, flexibilidade, desapego, provisoriedade e intenso processo de individualização – que devem ser sintetizados em incerteza, insegurança e falta de proteção. Suas principais características são a desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes, juntamente com o colapso do projeto controlador e modelador. Para Bauman a modernidade líquida representa uma crise social e política da civilização moderna, vez que significa um progressivo desmonte de sistemas econômicos, políticos, éticos, jurídicos e educacionais e o sociólogo nos traz argumentos que auxiliam

a compreender as razões de perda de confiança na política e enfraquecimento do Estado-nação como um todo. Atuar nesse cenário de modernidade líquida é o grande desafio que identificamos no direito contemporâneo, especialmente no direito constitucional.

Se na modernidade líquida há uma tendência à desconstrução sem correspondente construção, a pergunta se é possível falar de um direito líquido reveste-se de suma importância. A própria noção de liquidez não permite a concepção de conceitos estanques, e o desafio dessa noção inovadora está precisamente nessa dificuldade.

É possível falar em direito líquido?

A percepção do direito, conforme estipulada na tradição moderna, não é suficiente para lidar com o cenário de modernidade líquida. Defendemos, ao longo da tese, a possibilidade de se afirmarem as características líquidas do direito, de um direito líquido, principalmente por quatro razões. Primeiramente, por estar a noção em constante construção e modificação, ou seja, ser aberta. A única certeza é que se verificam transformações permanentes, gerando uma indefinição do futuro da sociedade e do indivíduo. Em seguida, pela capacidade de adaptação a desafios da sociedade contemporânea, cujos traços característicos são incerteza, insegurança e falta de proteção. O direito, como liquidez, pode enfrentar, com agilidade, a ambivalência da sociedade atual. A terceira razão é a pluralidade de fontes jurídicas nessa situação, bem como a miríade de atores que contribuem para o desenvolvimento do direito conforme as necessidades de velocidade, mobilidade e flexibilidade exigidas. Por fim, o quarto atributo do direito líquido é a necessidade de busca de valores, retomando a consciência moral que foi sufocada na modernidade sólida. Acreditamos na existência de uma dimensão moral do direito líquido, que deve ser pensado de acordo com princípios jurídicos relevantes e diretivos da sociedade em que se insere.

Na Parte II, *A resiliência constitucional*, formulamos as seguintes questões como elementos norteadores:

O que é resiliência no direito?

Com vistas a determinar como seria uma possibilidade do direito líquido, emprestamos características de resiliência de outras ciências para formar a resiliência constitucional. Da física, a capacidade de reestruturação e recuperação. Da ecologia, o sentido de adaptação e transformação. Da psicologia, a propriedade de superação face a situações difíceis. Por fim, da resiliência sistêmica, sua abertura conceitual, seu atributo de assumir alterações e, ao ampliar sua capacidade e dimensão, chegar a um novo equilíbrio, mantendo-se a essência.

O direito, na sociedade contemporânea, adquire uma faceta dinâmica e mutável, própria da modernidade líquida e de sua vertente resiliente. A hermenêutica, ao conectar-se com a resiliência, é bem-sucedida ao encarar o desafio de pensar maneiras de alterações no direito além da dimensão material-normativa, levada a cabo pelos mecanismos formais de modificação, inovação e atualização do direito, uma vez que são respeitados os limites para a atividade interpretativa, permitindo o equilíbrio, mas ampliando as possibilidades. Por ser uma configuração inovadora de se enfrentar o direito, a resiliência relaciona-se com a transformação dele, ainda possibilitando que não se comprometam elementos estruturantes sensíveis, tais como a democracia e os direitos fundamentais, e agindo de maneira a viabilizar alterações normativas sem necessariamente mudar a lei ou inovar o texto.

A adaptabilidade constante passa a ser uma característica central do direito que se vê como resiliente. Consideramos a resiliência possível apenas em um contexto de direito líquido, que demanda fortemente o traço mutável aqui previsto. Direito líquido e resiliência no direito são, em nosso ver, mutuamente constitutivos.

O que entendemos por resiliência constitucional?

O pressuposto para a resiliência constitucional é a aceitação da característica líquida da sociedade em que vivemos, com a sua face mais acentuada de insegurança (agora, a regra), que afetou os elementos próprios do discurso moderno do direito (estabilidade, certeza e segurança jurídica).

A modernidade líquida adicionalmente nos leva a reavaliar a lei como única fonte de produção do direito, forçando seu diálogo com conhecimentos, pensamentos e conceitos diversos. Então, viabiliza-se o projeto de um direito constitucional resiliente como algo plural e heterogêneo, uma proposta de renovação da legitimidade por meio da revisão e controle social do direito.

A resiliência constitucional apresenta-se de dois modos: como atualização e como proteção. A atualização permite que o texto legal seja alterado de maneiras distintas das tradicionalmente previstas (regras de emendamento) e da atuação do Poder Judiciário (judicialização da política), em diálogo direto com a mutação constitucional. A proteção, vista como limite, tem o intuito de manter, principalmente no cenário de modernidade líquida, elementos estruturais do sistema jurídico, como a democracia e os direitos fundamentais, tal como visto na abordagem de direito líquido. Ela pressupõe, portanto, a existência de direitos resilientes, aqueles mencionados nas cláusulas pétreas e, especialmente, os direitos fundamentais – que necessitam ser dotados de adaptabilidade.

É inquestionável a necessidade de empoderamento dos direitos fundamentais, a fim de enfrentar a incerteza, a insegurança e a falta de proteção no contexto de ambivalência do direito líquido. Almeja-se a resiliência, entendida aqui como a capacidade de recuperação e retorno, dos direitos fundamentais, depois de sofrerem mudanças que veladamente atentem contra sua existência.

A constituição é um texto vivo e aberto, porém com limites intrínsecos. A resiliência constitucional trabalha exatamente com essa dinâmica de alterações possíveis nesse universo, gravitacionando em mudanças formais, pequenas e grandes transformações interpretativas.

A resiliência constitucional admite, também, repensar e ampliar a participação dos cidadãos como colaboradores na construção da constituição, por mecanismos que privilegiam o pluralismo da sociedade democrática contemporânea, marcada pela liquidez.

Por todos os motivos expostos, defendemos os aspectos ansiáveis das mudanças constitucionais, que implicam que o direito é sensível às demandas sociais democráticas, no contexto de resiliência constitucional, regulando e organizando tais demandas, indo além da dimensão material e mecanismos formais. Tal cenário viabiliza o diálogo com o direito líquido.

Qual a relação entre direito líquido e resiliência constitucional?

Conforme tivemos oportunidade de demonstrar, há pontos de contato entre direito líquido e resiliência constitucional. Em síntese, ambos são noções em permanente construção, eternamente modificáveis, que se comunicam para garantir a legitimidade que o direito, na sociedade complexa, exige, uma vez que a resiliência constitucional pressupõe a vigência da modernidade líquida, explicitando a inevitabilidade do direito como líquido.

Ao final da tese, Parte III, *O emendamento e a resiliência constitucional na Constituição de 1988*, tivemos como objetivo refletir a propósito das seguintes indagações:

Quais as características de um tribunal constitucional?

Um tribunal constitucional tem como primordial função aplicar e defender a constituição. Para tanto, é, antes de tudo, denominado de tribunal guardião. Trouxemos, ainda, outras funções verificadas em tribunais constitucionais – estrutural, interpretativa, estruturante, arbitral, legislativa e governativa. Esta ampliação da atuação é sintomática de uma sociedade tal qual a que vivemos, complexa e com características de liquidez e ambivalência, e que exige do direito, e em especial dos tribunais constitucionais, posicionamentos mais constantes e periódicos para as reiteradas alterações no âmbito da sociedade em permanente instabilidade.

Um tribunal constitucional pode ser interpretado como resiliente?

Para nossa tese, defendemos que os tribunais constitucionais também podem deter uma função resiliente, diante do complexo cenário social contemporâneo. Isso porque a resiliência constitucional atua em duas principais frentes: a atualização e a proteção, ampliando a característica tradicional do tribunal, qual seja, a de aplicar e defender a constituição.

A função resiliente dos tribunais permite a renovação da legitimidade do direito perante a sociedade, conforme a noção de direito líquido, uma vez que os desafios da modernidade líquida acabam por forçar a necessidade de mudança da organização do poder. Nesse sentido, um tribunal constitucional resiliente assegura que tais anseios sejam realizados de acordo com as premissas basilares da democracia, juntamente com a atuação dos demais poderes.

Todo o papel dos tribunais resilientes deve ser pautado pelos princípios do ordenamento jurídico, no âmbito de um direito líquido, em que a dimensão moral assume especial relevância. Devem os tribunais resilientes, portanto, considerar as limitações inerentes ao domínio democrático, uma vez que, essencialmente, sua atuação baseia-se na efetivação plena e irrestrita da sociedade plural, concretizando o princípio de que todo poder emana do povo.

A consolidação da função resiliente pelo tribunal se dará quando ele realizar a interpretação das normas constitucionais espelhando os valores do tempo em que são analisadas. Uma decorrência da constituição viva e em movimento é a constância da resiliência dos tribunais, confirmando tratarem-se de instituição do direito líquido.

É possível conceber o STF como um tribunal resiliente?

Vimos que os Ministros do STF aportam características de resiliência em sua atuação. Entretanto, verificou-se, na dimensão prática, que a função resiliente se relaciona com outras questões, não sendo possível distinguir com clareza a função resiliente do Tribunal, principalmente pelos seguintes motivos.

Primeiramente, porque o STF mais se assemelha a uma junção de juízes – as Onze Ilhas (Mendes, 2010), em detrimento de sua atuação como instituição uníssona. Desse modo, a partir da visão da junção de juízes, observa-se uma série de dificuldades deliberativas do Tribunal, tal como retratado nos julgados analisados.

Há uma dificuldade de o STF, como instituição, por exemplo, afirmar o que são os direitos fundamentais em cada caso de controle de constitucionalidade das emendas. Os Ministros não conseguem estabelecer características comuns/mínimas sobre o que constituiriam os direitos fundamentais, o que provoca uma pluralidade de definições, que resultam na ausência de uma definição única e coesa do Tribunal, mesmo que esta definição fosse constantemente revista pelo órgão, em exercício típico dessa sociedade líquida e em permanente transformação. Os achados empíricos sobre os acórdãos corroboraram essas alegações.

Foi importante também trazer uma análise sobre o processo de emendamento nas constituições brasileiras. O fato de, sob a Constituição de 1988, existir, comparativamente, uma quantidade de emendas superior às constituições anteriores, é sintomático da modernidade líquida, em que a sociedade, com suas mudanças e demandas velozes, exige um posicionamento mais periódico acerca dos temas constitucionais (a supremocracia de Vilhena). Muito embora, considerando que nossa Constituição instituiu políticas, o emendamento se torna uma forma de governar, viabilizando o conteúdo programático do texto constitucional e, com efeito, aproximando resiliência constitucional e política.

Por fim, cabe ressaltar que as constatações empíricas apresentadas sobre o direito constitucional resiliente, primeiro, complementam a parte normativa desta tese e, simultaneamente, abrem caminho para uma agenda de pesquisa, ainda pouco explorada pelos estudos sociológicos do direito e pouco debatidas pela dogmática.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Cleto Júnior Pinto. **A sociologia da modernidade líquida de Zygmunt Bauman**: ciência pós-moderna e divulgação científica. 2012. 115 fls. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas São Paulo, Universidade de São Paulo, 2012.
- ADORNO, T.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- APA PRACTICE CENTRAL. **FYI: Building your resilience**. Disponível em: [http://www.apapracticentral.org/outreach/building-resilience.aspx?__utma=12968039.675819971.1426950361.1426950361.1426950361.1&__utmb=12968039.8.10.1426950361&__utmc=12968039&__utmz=12968039.1426950361.1.1.utmcsr=\(direct\)|utmccn=\(direct\)|utmcmd=\(none\)&__utmv=-&__utmk=188177320](http://www.apapracticentral.org/outreach/building-resilience.aspx?__utma=12968039.675819971.1426950361.1426950361.1426950361.1&__utmb=12968039.8.10.1426950361&__utmc=12968039&__utmz=12968039.1426950361.1.1.utmcsr=(direct)|utmccn=(direct)|utmcmd=(none)&__utmv=-&__utmk=188177320). Acesso em 22 fev 2015.
- AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Ética e moral no pensamento de Bauman. In: **Cadernos Zygmunt Bauman**, vol. 1, n. 2, 2011, pp. 35-47.
- ARANHA, Guilherme Arruda. **Introdução crítica ao direito**: em busca do equilíbrio entre regulação e emancipação. São Paulo: Paulus, 2011.
- ARANTES, Rogério; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, pp. 41-62, 2006.
- ARENDT, Hannah, **Eichmman em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- AULETE DIGITAL. Disponível em www.aulete.com.br. Acesso em 15 nov 2014.
- BARBOSA, George de Souza. **Resiliência em professores do ensino fundamental de 5ª a 8ª Série**: Validação e aplicação do questionário do índice de Resiliência: Adultos Reivich-Shatté/Barbosa. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BARBOSA, George de Souza (org.). **Resiliência**: desenvolvendo e ampliando o tema no Brasil. São Paulo: Sobrare, 2014.
- BARRETO, Marcia. **Resiliência nas organizações**. 2009. 72 fls.. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 210

São Paulo, 2009. Disponível em:
http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10398.
Acesso em 14 fev 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista Dialogo Jurídico**. Salvador, ano 1, n. 6, vol.1, 2001. Disponível em:
http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em 01 out 2014.

_____. **Interpretação o e aplicação da constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **(Syn)Thesis**. V. 5. Rio de Janeiro, 2012, pp. 23-32.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, 2005. Disponível em:
<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz39kwq8qRn>. Acesso em 10 jan 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **A aflição de uma vida líquida**. Filosofia, Ciência & Vida, [São Paulo], v. 58, 2011c. Entrevista concedida a Renato Nunes Bittencourt. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/58/artigo214649-1.asp>. Acesso em: 11 nov 2012.

_____. **A arte da vida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009a.

_____. **A Liberdade**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

_____. **A postmodern grid of the worldmap?** Interview with Zygmunt Bauman, nov. 2002. Entrevista concedida a Milena Yakimova. Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-11-08-bauman-en.html>. Acesso em 15 nov 2012.

- _____. A revolution in the theory of revolutions?. **International Political Science Review / Revue internationale de science politique**, [S.l.], v. 15, n. 1, jan. 1994, pp. 15-24.
- _____. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008a.
- _____. **A vida fragmentada**: ensaios sobre a moral pós-moderna. Lisboa: Relógio D'Água, 2007a.
- _____. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004a.
- _____. **Bauman sobre Bauman**: diálogos com Keith Tester. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011a.
- _____. **Capitalismo parasitário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010a.
- _____. Chasing Elusive Society. **International Journal of Politics, Culture, and Society**, [S.l.], v.18, n. 3/4, pp. 123-141, The New Sociological Imagination, Spring - Summer, 2005a.
- _____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003a.
- _____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009b.
- _____. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000a.
- _____. **Ensaios sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2013.
- _____. **Entrevista com Zygmunt Bauman**. *Tempo Social*. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 301-325, jun. 2004b. Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v16n1/v16n1a15.pdf>. Acesso em 1º mai 2013.
- _____. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 2003b.
- _____. **Europa**: uma aventura inacabada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- _____. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999a.
- _____. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005b.

- _____. **Intimations of post-modernity**. New York/London: Routledge, 1992.
- _____. Is there a postmodernity sociology? **Theory, Culture & Society**, London, v. 5, n. 2, 1988, pp. 217-237.
- _____. **Isto não é um diário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2012.
- _____. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010b.
- _____. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008b.
- _____. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999b.
- _____. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- _____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- _____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- _____. On writing; on writing sociology. **Theory, Culture & Society**. London, vol. 17, n. 1, p. 79-90. 2000b.
- _____. **Por uma sociologia crítica**: um ensaio sobre senso comum e emancipação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1977.
- _____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007b.
- _____. The structuralist promise. **The British Journal of Sociology**, [London], Blackwell Publishing on behalf of The London School of Economics and Political Science, v. 24, n. 1, p. 67-83, mar 1973.
- _____. **Towards a critical sociology**: an essay on commonsense and emancipation. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.
- _____. Uses of information: when social information becomes desired. **Annals of the American Academy of Political and Social Science, Social Information for Developing Countries**, [S.l.], v. 393, pp. 20-31, jan. 1971.
- _____. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Roviroso-Madrazo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010c.
- _____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005c.

- _____. **Vida em fragmentos**: sobre ética pós-moderna. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011d.
- _____. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007c.
- _____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008c.
- _____. **44 cartas do mundo líquido-moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011b.
- BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010a.
- _____. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010b.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa** – referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.
- BERKES, Fikret; FOLKE, Carl. **Linking social and ecological systems**: management practices and social mechanisms for building resilience. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B., **O direito na pós-modernidade**. 3. Ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé, **História da filosofia do direito**. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria geral do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Studi per una teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1970.
- BONANNO, George A. Loss, trauma, and human resilience: have we underestimated the human capacity to thrive after extremely aversive events? **American Psychologist**, n. 59, jan. 2004, pp. 20-28.
- _____. Resilience in the face of potential trauma. **Current Directions in Psychological Science**, [S.l.], n. 14, 2005, pp. 135-138.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas certas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BRANDÃO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; FARIA GIANORDOLINASCIMENTO, Ingrid. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. **Paideia**, [s.l], v. 21, n. 49, mai-ago 2011, pp.263-271. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v21n49/14.pdf> . Acesso em 17 jan 2015, pp. 263-271.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 31 dez 2014.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 31 dez 2014.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 31 dez 2014.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 31 dez 2014.

BRASIL. Constituição (1891). **Emenda Constitucional n. 03, de 03 de setembro de 1926**. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em 02 jul 2015.

BRASIL. **Emendas Constitucionais anteriores à Constituição de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/_EMCs_CF1967.htm. Acesso em 02 jul 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Decreto Legislativo n. 06 de 18 de setembro de 1935**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-6-1935.htm. Acesso em 02 jul 2015.

BRASIL. **Leis Constitucionais**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/Quadro_Lct.htm. Acesso em 02 jul 2015.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição Viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALDAS, José Maria Castro. A arte da fuga: os mecanismos da liquidez. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 82, 2008. Disponível em: <http://rccs.revues.org/617>. Acesso em 29 jul 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANDIDO, Antonio. **O estudo analítico do poema**. 3ª ed. São Paulo: Humanitas, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Alba Maria Pinho de. **Pensamento de Boaventura de Sousa Santos em foco**: a reinvenção da emancipação em tempos contemporâneos, 2009, disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/PENSAMENTO%20DE%20BOAVENTURA%20DE%20SOUSA%20SANTOS%20EM%20FOCO1.pdf>. Acesso em 07 mar 2015.

CARVALHO, Rodrigo Badaró de. Alternativas para a proposta de Zygmunt Bauman. **Cadernos de Zygmunt Bauman**. V. 4, N. 7, 2014. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/2292>. Acesso em 05 mar. 2015.

CASTAÑON, Gustavo Arja. Construtivismo e ciências humanas. **Ciências & Cognição**, Rio de Janeiro, v.05, 2005, pp. 36-49.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. *et al.* **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais**: escassez, justiça e legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia**: Participação e Oposição. São Paulo: EDUSP, 1997.
- DIEHL, Frederico. “Habermas crítico de Hobbes em Direito e democracia”. In: **Habermas e interlocuções**. Org.: FELDHAUS, Charles e DUTRA, Delamar José Volpato. São Paulo: DWW Editorial, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. **Consultor jurídico**. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica>. Acesso em 30 ago 2013.
- _____. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri *et al.* **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1. Ed. São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV).
- EHRlich, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. New Jersey: New Brunswick, 2009.
- ELLIOTT, Anthony (ed.). **The contemporary Bauman**. London: Routledge, 2007.
- FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004,
- FEBBRAJO, Alberto (ed). **Verso un concetto sociologico di diritto**. [S.l.]. Guiffre Editore, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-56.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986
- _____. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 5, out./dez. 1993.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1 ed. 5ª imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIGUEIREDO, Marcelo. El carácter contra mayoritario del poder judicial: ¿una preocupación sobre todo norteamericana? In. MANILI, Pablo Luis (coord.), **“MARBURY VS MADISON”**: reflexiones sobre uma sentença bicentenária. México: Porrúa, 2011, pp. 45-79.

_____. **Separação de poderes**. Courts and executive powers. A relação entre o poder judiciário e o poder executivo no Brasil. Uma visão latino-americana. Trabalho não publicado, cedido pelo autor. Painel organizado pela University of Johannesburg, SAIFAC, Konrad Adenauer Stiftung, IACL-AIDC em 28 e 29 de maio de 2015.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. La evolución político-constitucional de Brasil, In: *Estudios Constitucionales*, Año 6, nº 2, 2008, pp. 209-246.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência jurídica**: para pensar a Inovação do Direito a partir de uma perspectiva sistêmica. 2014. Tese (Doutorado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo. Orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

GEIGER, Paulo. **Novíssimo Aulete** - Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. São Paulo:Lexikon, 2012.

GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson; FERRAZ JR., Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

GIANNOTTI, José Arthur. Habermas: mão e contramão. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 31, 1991.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Constituição: resiliência e relevância. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo:

Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUIBENTIF, Pierre. The liquidity and solidity of contemporary social reality: the example of social inclusion policies. In: PŘIBÁŇ, Jiří (ed.). **Liquid society and its Law** (applied legal philosophy). Hants: Ashgate, 2007, pp. 131-151.

HÄBERLE, Peter. **Constitución como cultura**. Artículos seleccionados para Colombia. Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad del Externado de Colombia, 2002.

_____. **El Estado constitucional**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

_____. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Pluralismo y constitución**. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madri: Editorial Tecnos, 2008.

_____. **Teoria de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.

_____. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1982.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v1, 1997a.

- _____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v2, 1997b.
- _____. **O discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Passado como futuro.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- _____. **Pensamento pós-metafísico.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- _____. **Teoria do agir comunicativo.** Sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Martins Fontes, v2, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito.** O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Reelab., Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.
- _____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HOLLING, Crawford S. Resilience and stability of ecological systems. "Resilience and stability of ecological systems". in: **Annual Review of Ecology and Systematics.** Vol 4, 1973, pp. 1-23.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento.** Editora 34, São Paulo, 2003.
- _____. Teoria crítica. In: GIDDENS, Anthony (org.) **Teoria social hoje.** São Paulo: UNESP, 1999.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. In: **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, pp. 5-25, jul./set. 1992 | **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 74/75, pp. 233-263, jan./jul. 1992 | **Revista de direito administrativo**, n. 188, pp. 14-35, abr./jun. 1992
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JOB, Fernando Pretel Pereira. **Os sentidos do trabalho e a importância da resiliência nas organizações.** 2003. Tese (Doutorado em administração de empresas) – Fundação Getúlio Vargas – FGV/EAESP, São Paulo. Orientação do Profª. Drª. Maria Ester de Freitas. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2535/71441.PDF?sequence=2>. Acesso em 30 dez 2014.
- KELSEN, Hans. **A democracia.** 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. **Ensayos sobre jurisprudencia y teología.** México: Fontamara, 2003.
- _____. **A ilusão da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Peace through law.** New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.
- _____. **O problema da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Society and nature: a sociological inquiry.** New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.
- _____. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Safe, 1986.
- _____. **Teoria geral do direito e do Estado.** 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Teoria pura do direito.** 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KOCH, Adrienne. **Jefferson & Madison.** The Great Collaboration. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964.
- LEVY, Joaquim. Na Suíça, Levy diz que economia brasileira pode encolher em um trimestre. **Universo On-line.** Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/01/21/na-suica-levy-diz-que-pais-pode-ter-pib-negativo-em-um-trimestre-de-2015.htm>. Acesso em 06/02/2015.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **Direito e transformação social:** ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- _____. **O oráculo de delfos.** O Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Cidade do México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.
- _____. **Introducción a la teoría de sistemas.** México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. **La sociedad de la sociedad.** México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

- _____. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. **Sociologia do direito** (2v.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1983 (v.1) e 1985 (v.2).
- _____. The world society. **International Journal of General Systems**, [S.l.], v. 8, 1982, pp. 131-138.
- LUHMANN, Niklas; FUCHS, Stephen. What is the case? and What lies behind it? The two sociologies and the theory of society. In: **Sociological Theory**. V. 12, nº. 2, 1994, pp. 126-139.
- LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVISON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995, pp. 237-274.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GONZALEZ RIVAS MARTINEZ, Pedro Daniel. Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. In **Cuestiones constitucionales**, México, n. 27, jul. – dez. 2012, pp. 165-192. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006&lng=es&nrm=iso. Acessado em 24 jul 2014.
- MELLO, Marcelo Perreira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner, **Tempo Social – revista de sociologia da USP**, v. 18, n. 1, p. 351-373, 2006.
- MENDES, Conrado Hübner. Onze Ilhas. **Folha de São Paulo**. 1º fev 2010. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em 1º abr 2015.
- MENDES, Gilmar. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, n. 126, abr/jun 1995, pp. 87-102. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176316/000497008.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 nov 2013.
- _____. **Jurisdição constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOISES, José Álvaro. Democracia e Desconfiança das Instituições Democráticas. In:

MOISES, José Álvaro (org.). **Democracia e confiança**: Por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas? São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, pp. 45-76.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **De l'esprit de lois**. Tome 1, Londres: Garnier, 1777. Disponível em https://fr.wikisource.org/wiki/Livre:Montesquieu_Esprit_des_Lois_1777_Garnier_1.djvu. Acesso em 15 dez 2014.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Ariane Cintra Lemos de. **A expectativa das normas programáticas**. 2009. 142 fls. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099101.pdf>. Acesso em 20 mar 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NELKEN, David. Ehrlich's legacies: back to the future in the sociology of law? In: HERTOUGH, Marc. **Living law**: reconsidering Eugen Ehrlich. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp.237-273.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE, Marcos. **A Dialética negativa de Theodor W. Adorno**: a ontologia do estado falso. São Paulo, Editora Iluminuras, 1998.

_____. **Apontamentos sobre a pesquisa em direito no brasil**. São Paulo: Publicações EDESP/FGV, 2004.

O'DONNELL, G. Why the rule of law matters? In: DIAMOND, L; MORLINO, L. **Assessing the quality of democracy**. Baltimore: The Johns Hopkins Univeristy Press, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global. **Povos resilientes, planeta resiliente**: um futuro digno de escolha. 2012.

- PALMA, Rosane Raffaini. **Práticas da equipe de saúde ligadas à resiliência para a unidade de cuidado**. 2012. 72 fls. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15015. Acesso em 15 fev 2015.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 42, nº. 165, jan-mar 2005, pp. 59-76. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>. Acesso em 15 nov 2012.
- PIMENTEL, Silvia; GREGORUT, Adriana. **Humanização do direito internacional: as recomendações gerais dos comitês de direitos humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de direito internacional**. Texto não publicado, cedido pelas autoras, 2015.
- PINTO, João Luiz Teixeira. **Compêndio de resistência dos materiais**. São José dos Campos: UNIVAP, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. Consultor Jurídico. 2 jun 2000. Disponível em http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas. Acesso em 10 jul 2015.
- _____. **Temas de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PŘIBÁŇ, Jiří. **Liquid society and its Law** (applied legal philosophy). Hants: Ashgate, 2007.
- POSNER, Richard. The Law and Economics Movement. In: **The american economic review**. V. 77, n. 2. Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1987), pp. 1-13 Published by: American Economic Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1805421>. Acesso em 15 jan 2015.
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited. In: **University of Chicago Law Review**. 64, 1997, pp. 765-807.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora Ática, 1993.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: Marcos Nobre (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. 1ª ed. Campinas: Papirus, 2008, pp. 161-182.

RESILIENCE ALLIANCE. Disponível em <http://www.resalliance.org/>. Acesso em 09 jul 2015.

ROJO, Raul Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? In: **Sociologias** (UFRGS), Porto Alegre, v. 7, n. 13, 2005, pp. 16-35.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Three legal sociologies: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer and Max Weber. In: **European Yearbook in the Sociology of Law**, 1988, pp 227-259.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício de experiência. São Paulo: Cortez, 2000a.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000b.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, mai. 2003a, pp. 4-12.

_____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 1989.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 7ª Ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. (org.). **Globalização**: Fatalidade ou Utopia? Porto: Afrontamento, 2001.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-148.

- SAWAGUCHI, Glaucia Cristina Tiyomi. **Resiliência e migração**: um estudo sobre as crianças que retornaram do Japão. 2013. 142 fls. Dissertação (Mestrado em psicologia clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=16396. Acesso em 17 mar 2015.
- SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional). In: Porto Alegre: **Revista Direito Público**. Ano I - nº 2 – Out-Nov-Dez/2003, pp. 55-82. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/497/816>. Acesso em 15 jun 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Roberto B. Dias da. **Direito constitucional**: temas atuais. São Paulo: Método, 2006.
- SILVA, Paulo Fernando da. **O conceito de ética na contemporaneidade segundo Bauman**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. N. 250, 2009, pp. 197-227. Disponível em http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf. Acesso em 21 jun 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: TERRA, Ricardo; NOBRE, Marcos (orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SMITH, Dennis. **Zygmunt Bauman**: prophet of postmodernity (Key Contemporary Thinkers). Cambridge: Polity, 1999.
- STRAUSS, David A. **The living constitution**. New York: Oxford, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Ver., atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SOUZA, Wuldsen Marcelo Leite de. **Uma excursão pelo contemporâneo a partir do conceito de modernidade líquida de Zygmunt Bauman**. 2012. 111 fls.

Dissertação (Mestrado em estudos de cultura contemporânea) – Instituto de Linguagem, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Constituição e o Supremo**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>. Acesso em 06 dez 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2006a.

_____. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 43, n. 171, jul/set 2006c.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006b.

TERRA, Ricardo; NOBRE, Marcos (orgs.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TREVES, Renato. ARNAUD, André-Jean. Sociologia do direito. In: ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALADÉS, Diego. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI, estudo introductorio. In: **El Estado constitucional**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. XXI-LXXXIV.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et. al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, n. 1, vol. 1, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

- VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. In: **Lua Nova: Revista de cultura de política**, n. 47, São Paulo: CEDEC Publicações, 1997, pp. 53-97.
- _____. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: DIMOULIS, Dimitri *et al.* **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1. Ed. São Paulo: Direito GV, 2013 (Série Pesquisa Direito GV), pp. 18-24.
- _____. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.
- WARAT, Luis Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Ed. UnB, 1988.
- WALKER, B. *et al.* Resilience, adaptability and transformability In: **Social–ecological systems. Ecology and Society** 9(2): 5. 2004. Disponível em <http://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/>. Acesso em 22/05/2015.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.
- YOUNG, Thomas. **A course of lectures on natural philosophy and the mechanical arts**. 1807. Disponível em <https://archive.org/details/lecturescourseof02younrich>. Acesso em 30/06/2015.
- YUNES, Maria Angela Mattar. Resiliência: noção, conceitos afins e considerações críticas. In: TAVARES, J. (Org.). **Resiliência e educação**. São Paulo: Cortez, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. Jueces constitucionales. In: CARBONELL Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.
- ZIMERMAN, David E. **Etimologia de termos psicanalíticos**. Porto Alegre: Artmed, 2012.

ANEXOS

ANEXO A – TABELA COMPARATIVA DE DISPOSITIVOS SOBRE EMENDAS CONSTITUCIONAIS E QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO	QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS
1891	Art. 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados. § 1º - Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita em três discussões, por dois terços dos votos em uma e em outra Câmara, ou quando for solicitada por dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembleia. § 2º - Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso. § 3º - A proposta aprovada publicar-se-á com as assinaturas dos Presidentes e Secretários das duas Câmaras, incorporar-se-á à Constituição, como parte integrante dela. § 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.	1
1934	Art. 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (artigos 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os artigos 175, 177, 181, este mesmo artigo 178); e revista, no caso contrário. § 1º - Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa: a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) de mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembleia respectiva.	3

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO	QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS
	Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos. Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria. § 2º - Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembleias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa. § 3º - A revisão ou emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A primeira será incorporada e a segunda anexada com o respectivo número de ordem, ao texto constitucional que, nesta conformidade, deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas. § 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio. § 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.	
1937	Art. 174 A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. § 1º O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, si sugeridas por qualquer das Câmaras. § 2º O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara. § 3º O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Este, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja	21

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO	QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS
	submetido a nova tramitação por ambas as Câmara. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte. § 4º No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito.	
1946	Art. 217 - A Constituição poderá ser emendada. § 1º - Considerar-se-á proposta a emenda, se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros. § 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas. § 3º - Se a emenda obtiver numa das Câmaras, em duas discussões, o voto de dois terços dos seus membros, será logo submetida à outra; e, sendo nesta aprovada pelo mesmo trâmite e por igual maioria, dar-se-á por aceita. § 4º - A emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Publicada com a assinatura dos membros das duas Mesas, será anexada, com o respectivo número de ordem, ao texto da Constituição. § 5º - Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio. § 6º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República.	21
1967	Art. 50 - A Constituição poderá ser emendada por proposta: I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de Assembleias Legislativas dos Estados. § 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. § 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.	27

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO	QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS
	§ 3º - A proposta, quando apresentada à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, deverá ter a assinatura da quarta parte de seus membros. § 4º - Será apresentada ao Senado Federal a proposta aceita por mais de metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros. Art. 51 - Em qualquer dos casos do art. 50, itens I, II e III, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, dentro, de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, em duas sessões, e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso.	
*EC 1969	Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou II - do Presidente da República. § 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. § 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio. § 3º No caso do item I, a proposta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.	-
1988	Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.	88

CONSTITUIÇÃO	DISPOSITIVO	QUANTIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS
	§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.	

ANEXO B

**TABELA DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988, EMENTAS E
CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO**

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
88, de 7.5.2015 Publicado no DOU 8.5.2015	Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
87, de 16.4.2015 Publicado no DOU 17.4.2015	Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
86, de 17.3.2015 Publicado no DOU 18.3.2015	Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
85, de 26.2.2015 Publicado no DOU 27.2.2015	Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
84, de 2.12.2014 Publicado no DOU 3.12.2014	Altera o art. 159 da Constituição Federal para aumentar a entrega de recursos pela União para o Fundo de Participação dos Municípios.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
83, de 5.8.2014 Publicado no DOU 6.8.2014	Acrescenta o art. 92-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
82, de 16.7.2014 Publicado no DOU 17.7.2014	Inclui o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal, para disciplinar a segurança viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
81, de 5.6.2014 Publicado no DOU 6.6.2014	Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
80, de 4.6.2014 Publicado no DOU 5.6.2014	Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>) / Políticas Públicas (<i>policy</i>)
79, de 27.5.2014 Publicado no DOU 28.5.2014	Altera o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, para prever a inclusão, em quadro em extinção da Administração Federal, de servidores e policiais militares admitidos pelos Estados do	Estruturas gerais (<i>polity</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
	Amapá e de Roraima, na fase de instalação dessas unidades federadas, e dá outras providências.	
78, de 14.5.2014 Publicado no DOU 15.5.2014	Acrescenta art. 54-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para dispor sobre indenização devida aos seringueiros de que trata o art. 54 desse Ato.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
77, de 11.2.2014 Publicado no DOU 12.2.2014	Altera os incisos II, III e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c".	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
76, de 28.11.2013 Publicado no DOU 29.11.2013	Altera o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de veto.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
75, de 15.10.2013 Publicado no DOU 16.10.2013	Acrescenta a alínea e ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
74, de 6.4.2013 Publicado no DOU 6.8.2013	Altera o art. 134 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
73, de 6.4.2013 Publicado no DOU 7.4.2013	Cria os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
72, de 2.4.2013 Publicado no DOU 3.4.2013	Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
71, de 29.11.2012 Publicado no DOU 30.11.2012	Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
70, de 29.3.2012 Publicado no DOU 30.3.2012	Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
69, de 29.3.2012 Publicado no DOU 30.3.2012	Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
68, de 21.12.2011 Publicado no DOU 22.12.2011	Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
67, de 22.12.2010 Publicado no DOU 23.12.2010	Prorroga, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
66, de 13.7.2010 Publicado no DOU 14.7.2010	Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
65, de 13.7.2010 Publicado no DOU 14.7.2010	Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
64, de 4.2.2010 Publicado no DOU 5.2.2010	Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
63, de 4.2.2010 Publicado no DOU 5.2.2010	Altera o § 5º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre piso salarial profissional nacional e diretrizes para os Planos de Carreira de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
62, de 9.12.2009 Publicado no DOU 10.12.2009	Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
61, de 11.11.2009 Publicado no DOU 12.11.2009	Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
60, de 11.11.2009 Publicado no DOU 12.11.2009	Altera o art. 89 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre o quadro de servidores civis e militares do ex-Território Federal de Rondônia.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
59, de 11.11.2009 Publicado no DOU 12.11.2009	Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
58, de 23.9.2009 Publicado no DOU 24.9.2009	Altera a redação do inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
57, de 18.12.2008 Publicado no DOU 18.12.2008 - edição extra	Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
56, de 20.12.2007 Publicado no DOU 21.12.2007	Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
55, de 20.9.2007 Publicado no DOU 21.9.2007	Altera o art. 159 da Constituição Federal, aumentando a entrega de recursos pela União ao Fundo de Participação dos Municípios.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
54, de 20.9.2007 Publicado no DOU 21.9.2007	Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
53, de 19.12.2006 Publicado no DOU 20.12.2006	Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
52, de 8.3.2006 Publicado no DOU 9.3.2006	Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
51, de 14.2.2006 Publicado no DOU 15.2.2006	Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
50, de 14.2.2006 Publicado no DOU 15.2.2006	Modifica o art. 57 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
49, de 8.2.2006 Publicado no DOU 9.2.2006	Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
48, de 10.8.2005 Publicado no DOU 11.8.2005	Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
47, de 5.7.2005 Publicado no DOU 6.7.2005	Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
46, de 5.5.2005 Publicado no DOU 6.5.2005	Altera o inciso IV do art. 20 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
45, de 30.12.2004 Publicado no DOU 31.12.2004	Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
44, de 30.6.2004 Publicado no DOU 1º.7.2004	Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
43, de 15.4.2004 Publicado no DOU 16.4.2004	Altera o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prorrogando, por 10 (dez) anos, a aplicação, por parte da União, de percentuais mínimos do total dos recursos destinados à irrigação nas Regiões Centro-Oeste e Nordeste.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
42, de 19.12.2003 Publicado no DOU 12.2003	Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
41, de 19.12.2003 Publicado no DOU 31.12.2003	Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
40, de 29.5.2003 Publicado no DOU 30.5.2003	Altera o inciso V do art. 163 e o art. 192 da Constituição Federal, e o caput do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
39, de 19.12.2002 Publicado no DOU 20.12.2002	Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal).	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
38, de 12.6.2002 Publicado no DOU 13.6.2002	Acrescenta o art. 89 ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
37, de 12.6.2002 Publicado no DOU 13.6.2002	Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
36, de 28.5.2002 Publicado no DOU 29.5.2002	Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
35, de 20.12.2001 Publicado no DOU 21.12.2001	Dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
34, de 13.12.2001 Publicado no DOU 14.12.2001	Dá nova redação à alínea c do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
33, de 11.12.2001 Publicado no DOU 12.12.2001	Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
32, de 11.9.2001 Publicado no DOU 12.9.2001	Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
31, de 14.12.2000 Publicado no DOU 18.12.2000	Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
30, de 13.9.2000 Publicado no DOU 14.9.2000	Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
29, de 13.9.2000 Publicado no DOU 14.9.2000	Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
28, de 25.5.2000 Publicado no DOU 26.5.2000	Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
27, de 21.3.2000 Publicado no DOU 22.3.2000	Acrescenta o art. 76 ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
26, de 14.2.2000 Publicado no DOU 15.2.2000	Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
25, de 14.2.2000 Publicado no DOU 2.2000	Altera o inciso VI do art. 29 e acrescenta o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
24, de 9.12.1999 Publicado no DOU 10.12.1999	Altera dispositivos da Constituição Federal pertinentes às representações classistas na Justiça do Trabalho.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
23, de 2.09.1999 Publicado no DOU 3.09.1999	Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa).	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
22, de 18.03.1999 Publicado no DOU 19.03.1999	Acrescenta parágrafo único ao art. 98 e altera as alíneas "i" do inciso I do art. 102 e "c" do inciso I do art. 105 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
21, de 18.03.1999 Publicado no DOU 19.03.1999	Prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a que se refere o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
20, de 15.12.1998 Publicado no DOU 16.12.1998	Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
19, de 04.06.1998 Publicado no DOU 05.06.1998	Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
18, de 05.02.1998 Publicado no DOU 06.02.1998	Dispõe sobre o regime constitucional dos militares.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
17, de 22.11.1997 Publicado no DOU 25.11.1997	Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
16, de 04.06.1997 Publicado no DOU 05.06.1997	Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
15, de 12.09.1996 Publicado no DOU 13.09.1996	Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
14, de 12.09.1996 Publicado no DOU 13.09.1996	Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)

EMENDA	EMENTA	CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO
13, de 21.08.1996 Publicado no DOU 22.08.1996	Dá nova redação ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
12, de 15.08.1996 Publicado no DOU 16.08.1996	Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
11, de 30.04.1996 Publicado no DOU 02.05.1996	Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
10, de 04.03.1996 Publicado no DOU 07.03.1996	Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
9, de 09.11.1995 Publicado no DOU 10.11.1995	Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
8, de 15.08.1995 Publicado no DOU 16.08.1995	Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
7, de 15.08.1995 Publicado no DOU 16.08.1995	Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
6, de 15.08.1995 Publicado no DOU 16.08.1995	Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.	Políticas Públicas (<i>policy</i>)
5, de 15.08.1995 Publicado no DOU 16.08.1995	Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
4, de 14.09.1993 Publicado no DOU 15.09.1993	Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
3, de 17.03.1993 Publicado no DOU 18.03.1993	Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal.	Estruturas gerais (<i>polity</i>) / Políticas Públicas (<i>policy</i>)
2, de 25.08.1992 Publicado no DOU 01.09.1992	Dispõe sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)
1, de 31.03.1992 Publicado no DOU 06.04.1992	Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores.	Estruturas gerais (<i>polity</i>)