

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFICÁCIA

Maria Raquel Machado de Souza Thamer¹

Resumo: O positivismo jurídico, nos dias atuais, apresenta limites, em especial, no que diz respeito ao entendimento das questões que se referem à eficácia dos direitos fundamentais. Uma análise exclusivamente dogmática não alcança a existência de fatos exteriores ao ordenamento jurídico, comprovando total ineficácia dos direitos fundamentais. Analisados, todavia, por um prisma interdisciplinar, pode-se compreender melhor a ineficácia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Direitos fundamentais. Eficácia. Ordenamento jurídico. Revisão de métodos.

Abstract: Nowadays law positivism shows limits, especially the understanding of issues regarding the efficiency of fundamental rights. An exclusively dogmatic analysis does not reach the existence of facts that underlie legal order, which proves the thorough inefficiency of fundamental rights. However, when analyzed under a multifunctional viewpoint, such inefficiency of fundamental rights can be understood in a better way.

Key words: Law positivism. Fundamental rights. Efficiency. Legal order. Method review.

Introdução

Tem a presente pesquisa o objetivo de mostrar os limites do positivismo jurídico, para entender as questões relativas à eficácia dos direitos fundamentais.²

¹ Advogada, pedagoga e coordenadora e docente do Curso de Direito do Centro Universitário Ibero-Americano (UNIBERO).

² Direitos fundamentais serão entendidos como aqueles insculpidos no Título II da Constituição Federal de 1988, isto é, os direitos e garantias fundamentais. Em decorrência do § 2º do art. 5º da Carta Magna, podem-se também entender como parte desse rol – no que se refere ao capítulo I, isto é, aos direitos e deveres individuais e coletivos – os princípios e regimes adotados pela Carta, bem como os tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Procurou-se entender dois pontos, como segue; primeiro, como o positivismo, como sua análise exclusivamente normativa, encobre causas “extramuros” ao sistema jurídico que levam à ineficácia quase absoluta dos direitos fundamentais; segundo, na medida em que uma abordagem *interdisciplinar* pode levar a um melhor entendimento do fenômeno da ineficácia quase absoluta dos direitos fundamentais, especialmente no Brasil.

Por outro lado, o que se pretendeu foi desenvolver um repertório teórico para além do estudo do direito positivo e, simultaneamente, procurar compreender criticamente o direito como ordenamento jurídico, de forma que a capacidade de raciocínio amplo esteja acima da simples análise do conjunto normativo com vistas à sistematicidade. Nesse mesmo sentido, pretendeu-se desenvolver a capacidade de análise do fenômeno jurídico como algo complexo, passível e carecedor de mudanças, enraizado na sociedade, fruto da cristalização de valores historicamente estabelecidos sob a forma de lei. Nesse segundo tópico, tratou-se de alargar o conceito de direito e explicitar seu contato com outros sistemas, como o sistema político e o sistema econômico, para entender, por essa visão abrangente, crítica e interdisciplinar, a questão da *eficácia* dos direitos fundamentais.

I. O positivismo jurídico

O início do positivismo jurídico não ocorrerá com Kelsen. Pode-se vislumbrá-lo como um movimento simultaneamente histórico e teórico anterior a Kelsen. Mas o refinamento teórico, bem como os desdobramentos históricos mais significativos do positivismo jurídico, encontram em Kelsen um forte pilar de sustentação bem como um divisor de águas.

O movimento que institui o positivismo jurídico tem razões históricas anteriores a Kelsen, na medida em que foi criado como resultado das aspirações pela segurança jurídica, por um lado, assim como com o fim da crença em direito natural, por outro. De fato, como concebe Lafer (1991), os conceitos de direito natural, que se constituíram como paradigma do pensamento jurídico desde o século V a.C., sofreram uma série de abalos que levaram ao seu esfacelamento, principalmente a partir do século XIX. A criação das grandes codificações – o Código de Napoleão é o exemplo mais forte nesse sentido –, o aumento da

complexidade social, bem como a tomada de consciência do direito como fenômeno cultural e social, variável em função do tempo e do lugar, contribuíram para a diminuição do grau de importância do jusnaturalismo. No mesmo sentido, o projeto vitorioso da burguesia após a Revolução Francesa levou à busca de parâmetros aproximadamente seguros para a prática dos atos da vida privada. Esses parâmetros podem ser entendidos como o conjunto de leis positivadas por um poder soberano.

O positivismo jurídico também tem como fonte um movimento teórico na medida em que, em função da busca de parâmetros seguros para as atividades da vida privada – principalmente as comerciais –, foram sendo criadas teorias que buscavam justificar a importância do direito como direito positivo, emanado de um poder soberano, parâmetro da ação e condição da paz social.

Não obstante já se poder falar em positivismo jurídico antes de Kelsen, não resta dúvida de que Kelsen foi o responsável por duas consideráveis mudanças no que se pode denominar paradigma positivista (LAFER, 1991).

Por um lado, trata-se de um autor amplamente influente na maneira de pensar o direito no século XX e ainda, pode-se dizer, no século XXI. As teorias a respeito da cientificidade ou não-cientificidade do direito, após as reflexões kelsenianas, passam, praticamente todas, pelo pensamento elaborado por Kelsen. Isso, seja para concordar com os pressupostos e métodos do autor, seja para refutá-los. Mas isso interessa menos, isto é, as correntes concordantes ou discordantes do pensamento positivista-kelseniano. O que deve chamar a atenção do pesquisador interessado no direito como objeto de reflexão é a obra de Kelsen como divisor de águas na história do pensamento jurídico. Há o direito antes de Kelsen e há o direito depois de Kelsen.

Por outro lado, Kelsen, em sua **Teoria pura do direito**, foi o responsável pelo refinamento teórico do positivismo jurídico. A força de argumentação de Kelsen, para procurar dar cientificidade ao direito, pode ser vista como o ponto alto, a partir da perspectiva teórica, do positivismo jurídico.

O autor do prefácio da primeira edição da **Teoria pura do direito**, de 1934, assim se expressou:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos

de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.

Dito de outra forma: o que objetivou o autor da **Teoria pura do direito**? Trata-se, como se depreende do excerto acima citado, bem como do refinamento dos conceitos presentes na obra, de dar caráter de cientificidade ao direito. Com efeito, diz Kelsen, o direito carecia de precisão na medida em que seu estudo se manifestava como um acoplamento confuso de diversas disciplinas que tinham por objetivo entendê-lo. Isso, para o autor, é sinônimo de falta de rigor, bem como carência de objeto específico. Se a ciência física – uma ciência natural –, que estuda as regularidades da *physis*, isto é, do mundo físico, tem seu objeto específico, a saber, o mundo do ser, bem como as demais ciências têm seus objetos específicos – a ciência social, o fato social, a psicologia, a mente humana etc. –, por que o direito, conforme questiona Montans (2004) ainda não teria se constituído como ciência?

Caberia, então, um corte epistemológico – uma reflexão de teoria do conhecimento para o direito – como método para o estabelecimento do princípio de pureza. Caberia ao direito o estabelecimento de seu próprio objeto de estudo. Isso implicaria, por um lado, um afastamento do direito daquilo que é próprio das ciências naturais: o mundo do ser. Daí que, no prefácio à primeira edição da **Teoria pura do direito**, Kelsen usa a expressão “purificada (...) de todos os elementos de ciência natural” (MONTANS, 2004). Por outro lado, isso implicaria, ainda segundo Montans, um distanciamento do direito de “toda ideologia política”, isto é, de qualquer noção de justiça ou injustiça, bem como o afastamento em relação a qualquer noção de fato social, realidade histórica, ciência política etc.

II. A busca da exatidão no direito

O ônus alcançado pela busca da exatidão no direito apenas se explicou com as lições da história ocidental do século XX. Por meio do direito positivo, regimes totalitários

foram implantados sob a legalidade. Kelsen, na segunda edição da **Teoria pura do direito** (*apud* MONTANS, 2004, p. 44), ainda dentro dos postulados e métodos, faz o seguinte comentário a respeito da legalidade dos regimes totalitários:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Dada a possibilidade, para o direito, de ser uma ciência avessa a qualquer ordem valorativa, bem como podendo, no limite, passar ao largo de questões relativas à vida de milhares de pessoas, e ainda assim ser considerado direito, houve a necessidade de revisão de postulados e métodos cujo refinamento teórico ocorrera com Kelsen.

Podem-se conceber dois momentos explicativos para a necessidade desse fenômeno de revisão de métodos e postulados do direito positivo.

Um primeiro momento é o da mudança da significativa confiança nas instituições do início do século. Essa confiança sofre um abalo por razões históricas: a confiança no Estado constitucional, na força das instituições jurídicas, na consistência dos ordenamentos jurídicos e, por fim, confiança na concepção economicista da política. Há um século, não havia qualquer desconfiança no que se refere às nações organizadas sob o regime de governo da democracia constitucional, bem como no Estado de direito, tendo em vista o fato de que essas instituições satisfaziam às aspirações das nações e dos Estados. Todavia, sob essa convicção, se constituíram, sob a forma da mais estrita legalidade – no sentido do direito entendido apenas como direito posto pelo Estado institucionalizado –, catástrofes, como a forma institucional do nazismo e do fascismo na Europa da primeira metade do século XX.

A identificação do direito ao direito normado e a confiança nas instituições foram abaladas pelo surgimento, no limite, de regimes totalitários absolutamente legais, que retiravam sua legitimidade dos ordenamentos jurídicos positivados. O que, aliás, não é negado por Kelsen como sendo direito, isto é, os ordenamentos jurídicos dos Estados totalitários são direito. Kelsen, não se pode negar, é absolutamente coerente com seus

postulados e métodos. Com efeito, se a teoria do conhecimento referente ao mundo jurídico estabelece como objeto do direito apenas e tão-somente a norma positivada pelo Estado instituído, é bastante simples verificar que é perfeitamente possível, a partir do postulado de que o direito é o ordenamento jurídico, um regime totalitário absolutamente legal.

O ponto para o qual se deve atentar é: interessa ao direito, após os acontecimentos históricos do século passado, insistir nos mesmos postulados e métodos que permitem, no limite, ao direito, se dar mesmo em um regime totalitário e como molde formal para sua atuação?

Paradoxalmente, como assinala Dallari (1996, p. 28), não obstante esses acontecimentos históricos, o ensino do direito na América Latina se manifesta de forma acrítica e desvinculada da realidade social. Basta que se atente, segundo o autor, para o fato segundo o qual o ensino jurídico oscila entre dois pólos. De um lado, há uma infinidade de doutrinas, que se dão no plano das abstrações. Portanto, totalmente coerentes com métodos kelsenianos, isto é, estudo de normas com vistas à sistematização do ordenamento. De outro, há as aulas que consistem em meras informações sobre artigos de lei. Nessas, o professor se limita à leitura do texto normado, leitura que é seguida por comentários, no mais das vezes superficiais, que nada acrescentam ao sentido já explícito na leitura do artigo de lei.

No mesmo sentido, curiosamente, as propostas inovadoras trazidas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como pela legislação a ela posterior – um exemplo é a lei 8078/90, isto é, o Código de Defesa do Consumidor –, continuaram a ser estudadas à luz dos conceitos positivistas kelsenianos. Com efeito, o estudo dos direitos fundamentais, assim como o estudo dos conceitos inovadores de tutela coletiva de direitos – direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos –, continuaram a ser mera tentativa de sistematização das leis com vistas ao ideal de coerência lógica do ordenamento jurídico, objetivo ideal a ser alcançado pela ciência do direito, por meio de seus estudiosos cientistas, isto é, doutrinadores do direito positivo.

III. A eficácia do direito

A questão da *eficácia*, dados os postulados e métodos positivistas de estudo do direito – o estudo acrítico, como afirma Dallari na obra citada (1996) –, é deixada de lado, o que ocorreu por uma decisão deliberada, função do corte epistemológico, o qual estabeleceu como objeto de estudo da ciência do direito apenas e tão-somente as normas positivadas pelo poder soberano. Não por acaso, portanto, do ponto de vista kelseniano, o fundamento do direito, no limite, não pode ser o fato social, nem mesmo a política ou a história. A razão é simples: esses campos foram excluídos, por uma decisão de teoria do conhecimento, do campo científico do direito. Daí a polêmica teoria da norma hipotética fundamental, fundamento lógico e último de todo o ornamento jurídico, tautologia necessária e resultado do método: “deve-se obedecer ao ordenamento jurídico porque se deve obedecer ao ordenamento jurídico”.

Isso não implicaria, entretanto, a saída absoluta da questão da eficácia do plano jurídico. Para que o direito seja um ordenamento, é necessário que ele tenha um mínimo de eficácia, isto é, um mínimo de aplicabilidade no mundo fático.

Mesmo que normas isoladas não tenham eficácia alguma, seu conjunto – o ordenamento jurídico de um Estado – deve passar pelo crivo da mínima eficácia para que possa ser considerado direito.

O que se pode concluir, porém, é que a questão da eficácia, em Kelsen, como representante forte do positivismo jurídico, aparece apenas como “violação” do corte epistemológico. Com efeito, se esse mesmo corte foi o responsável pela exclusão do fato social da análise do fenômeno jurídico, em nome da cientificidade, com que razão pode o fato social entrar como uma instância *ad hoc* para que a teoria se sustente?

Sem querer entrar em pormenores conceituais, aquilo para o que se quer chamar a atenção é o fato de que o conceito de eficácia aparece apenas de forma indireta na teoria positivista kelseniana. Não é problema substantivo.

Não obstante os direitos e garantias fundamentais, insculpidos na CF/88, bem como o surgimento de conceitos que tutelam direitos coletivos, não passou a haver um estudo *interdisciplinar* para entender razões exteriores ao direito e que seriam – e são – condicionantes de seu funcionamento, de sua eficácia.

Em outras palavras: a eficácia dos direitos fundamentais, ou melhor, a implicação das normas do mundo dos fatos, não será entendida se não houver um estudo do fenômeno jurídico que se dê também fora das amarras do positivismo jurídico. Um estudo meramente normativo não conseguirá explicar que fatores históricos, sociológicos, políticos e econômicos levam à quase absoluta inexistência, no mundo real – no mundo das pessoas de carne e osso, vale dizer, no mundo do ser ou dos fatos –, de eficácia das previsões gerais e abstratas das normas que instituem direitos fundamentais.

Assim, a questão do direito como fenômeno axiológico-fático é condição necessária – e talvez suficiente – para que se entenda, verticalmente, a relação entre direitos fundamentais, como previsões normativas gerais e abstratas, por um lado, e a questão da *eficácia* desses direitos, por outro. A *eficácia* dos direitos fundamentais, com efeito, para ser efetivamente compreendida, demanda duas ordens de reflexão: em primeiro lugar, uma compreensão do fenômeno jurídico de forma ampla; em segundo lugar, o estudo de outros sistemas – o político, o econômico, o histórico –, como fundadores de ordens normativas e, nesse sentido, dos direitos fundamentais.

Dessa forma, apenas como exemplo da complexa e imbricada relação entre direito positivo e outros sistemas, Faria e Kuntz (2002), ao analisar as novas formas e funções do direito, diz, a respeito do lugar dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, que uma das tendências é a regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos. Como os direitos humanos nasceram contra o Estado, no intuito de diminuir ou mesmo coibir sua interferência arbitrária na esfera dos indivíduos, e como as garantias fundamentais apenas podem ser instrumentalizadas de modo eficaz por meio do poder público, um problema se apresenta.

Tendo em vista uma outra tendência do direito, o enfraquecimento da soberania do Estado, em função da força de instâncias internacionais, e mesmo em função do poderio das empresas transnacionais, como poderá esse Estado, cujo poder se vê enfraquecido, aplicar políticas públicas com vistas à eficácia dos direitos fundamentais? Isso implica, por conseguinte, o enfraquecimento do próprio conceito de cidadania e soberania. O mesmo ocorre com os direitos sociais, visto que o Estado passa a se preocupar antes com questões como inflação, déficit das contas públicas, dívida externa e interna, câmbio e juros, e menos

com questões relativas a políticas públicas para a efetivação, ou seja, a *eficácia* dos direitos sociais.

Como se pode comprovar, a presente pesquisa se justifica por sua abordagem interdisciplinar do direito. Apenas se compreenderá a questão dos direitos fundamentais e de sua eficácia a partir do momento que as amarras do direito como conjunto de leis – isto é, como apenas e tão-somente direito positivo, estudo de normas positivadas – sejam desfeitas. Como corolário, o direito se vê exposto a um amplo leque de questões que com ele se envolvem, bem como o determinam.

Como visto, apenas para instigar a reflexão sobre a democracia contemporânea, podem ser formuladas as seguintes indagações: como se pode falar em democracia no momento em que grande parte dos cidadãos se vê excluída do corpo político? Ainda se pode falar em corpo político quando os ditos cidadãos são sujeitos apolítico (COSTA, 2000), isto é, têm apenas uma prática cidadã formal? Uma democracia apenas formal na qual a participação política consiste em que se vote de tempos em tempos – pode ser chamada de democracia? Uma democracia representativa seria mesmo uma democracia? Não seria, em vez disso, uma oligarquia, isto é, uma aristocracia que se transformou em oligarquia porque houve transferência da potência do corpo político para as mãos de poucos.

Faz sentido que se pense a democracia em uma sociedade dominada pelos interesses das empresas transnacionais³ e, ainda nos casos dos países em desenvolvimento, por políticas econômicas de organismos internacionais? Qual é o verdadeiro campo de ação política das democracias de países em desenvolvimento? O estreitamento do campo de ação política não representaria a anulação da democracia representativa? Uma democracia pode suportar os altos graus de exclusão social e baixos níveis de participação política sem se degenerar em tirania travestida de democracia? Que conseqüência política de ações

³ O termo “transnacional” é perfeitamente abrangente para designar a organização das corporações empresariais no campo internacional. O termo “multinacional” não mais atende o fenômeno. Pode-se entender hoje, por multinacional, uma empresa que atende múltiplos Estados. Sua manufatura se estabelece em países em que a mão-de-obra é farta e barata, porém seus diretores se estabelecem em países que dão formação intelectual mais sólida a seus cidadãos.

humanas se dá, em larga medida, no campo estrito do privado? Um regime democrático pode suportar altos graus de violência imediata⁴ e mediata?

IV. Evolução histórica do direito positivo

Na segunda metade do século XX, o direito foi entendido como direito positivo, ou seja, um conjunto de leis emanadas do Estado segundo normas para produção de normas por pessoas em função legislativa – constituindo, assim, o ordenamento jurídico, que foi demasiadamente revisitado, mormente no que se refere a seus postulados e métodos.

O estudo do direito como direito positivo chegou a apoteose de seu momento teórico com Kelsen em sua **Teoria pura do direito**. Sabe-se que Kelsen teve como objetivo principal de sua obra fazer que o princípio de pureza fosse aplicado ao direito como condição de sua cientificidade. A autonomia do direito frente às demais ciências deveria ser alcançada para que o direito não se tornasse o recinto em que todas as ciências têm participação, tornando a análise do fenômeno jurídico algo obscuro e ausente de cientificidade. A consequência dessa relação muito próxima entre o direito como direito posto e psicologia, sociologia, moral, história, entre outras disciplinas, seria a perda da exatidão e objetividade para o direito. Nesse sentido, o direito não poderia ser uma ciência rigorosa.

Como visto, o significado do direito seria encontrar seu objeto de estudo, para além das ciências naturais, haja vista que o direito não é uma ciência como objeto no mundo do ser, mas tem a peculiaridade de ter como objeto de estudo o *dever ser*, o que significa dizer; a conduta positivada – e, simultaneamente, para além de qualquer conceito metafísico de direito natural, de qualquer valoração ético, política, próxima de um conceito de justiça.

⁴ Entenda-se por violência imediata o conjunto das práticas coibidas pelos institutos de direito penal, como roubo, furto, latrocínio etc. Pode-se entender por violência estrutural ou mediata condições históricas e muitas institucionalizadas, que impossibilitam uma prática cidadã, tal como a impossibilidade, a todos os cidadãos, de um mínimo cultural crítico para o exercício da ação ética, bem como um mínimo material para a manutenção da dignidade humana.

Sendo o *dever ser*, objeto da ciência jurídica, a norma posta instituída pelo Estado seria a expressão da vontade do legislador. Eis aí a matéria bruta do direito, que à ciência jurídica caberia lapidar por meio da sistematicidade própria a toda ciência. Kelsen explicita, em sua **Teoria pura do direito**, que o direito não detém a exclusividade no mundo do *dever ser*, uma vez que a moral também se apresenta como mandamento da conduta. Todavia, deve-se lembrar que a moral também é formada por um conjunto de padrões de comportamentos, em que não há uma instância responsável pela aplicação da sanção que, no limite, pode utilizar a força física. Quando se trata de direito, o Estado e alguns órgãos, é a instância responsável pela aplicação da sanção caso haja infração da norma, ou seja, ocorra o comportamento ilícito, inclusive o uso da força física, se necessário.

Nessa senda, Kelsen define o objeto da ciência do direito como norma positivada pelo Estado, sua pedra bruta, pois se trata da vontade do legislador objetivada. Ressalte-se também que a moral, com seu conglomerado de padrões de conduta, muitas vezes advindos da tradição, não se confunde com a ética. Kelsen entende a ética como ciência, cujo objeto de análise – sua matéria prima – é a moral. Logo, assim como a ciência do direito tem como objeto a vontade do legislador objetivada, a ciência ética, para Kelsen, tem por objeto moral.

V. A crise da organização estatal e os novos direitos

No interstício entre 1976 e 1990, o Brasil dobrou sua população, quando se consolidou o processo de industrialização substitutiva dos anos 1940 sob a direção do Estado instrumentalizado, entre outros dispositivos, por uma complexa malha de incentivo, subsídios, créditos favorecidos, zoneamento de mercados, proteção tarifária etc. Como se pode perceber, foi implantado um modelo de investimento centrado no poder incontestável dos investidores, organizados, e planejador do Estado; ao longo de todo o período histórico o país reestruturou-se ocupacionalmente e reordenou-se socialmente. Tal processo trouxe como consequência um desordenado e incontido processo de migração e urbanização, quando as desigualdades sociais ganharam vulto e expressão, donde pode-se constatar a erosão das identidades coletivas, dos grandes agregados sociais.

A infra-estrutura social do país acarretou agressividade de comportamentos, a emergência de estruturas paralelas, mormente o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e ausentes de geração de receita. A consequência mais significativa dessas alterações advindas de forma atabalhoada é a ineficácia de uma ordem jurídica em face da emergência de novos comportamentos a rigor ilegais, frente essa mesma ordem. Essa sociedade modernizada não garante espaços para a permanência de instituições obsoletas e, simultaneamente, há que se refletir no sentido de que as rotinas e os atores conseqüentes do cenário que se apresenta não permitem desvendar a distribuição do poder específico no ordenamento jurídico apto a atender as novas demandas sociais.

Como se vê, o ambiente social apresenta-se conflitante sob a forma de pressões em favor de gastos públicos, o que acarreta expressivo acréscimo da carga tributária para atendê-los; isso comprova fato gerador de uma séria e conseqüente crise fiscal, ao criar impostos de legalidade duvidosa, destinados ao financiamento de políticas sociais, em princípio para amenizar os conflitos sociais entre os extremos da desigualdade. Trata-se, portanto, de um regime discriminador e iníquo.

Acrescente-se que os fatos relatados não assolam somente a sociedade brasileira. As diferenças quantitativas e qualitativas estão presentes na sociedade global como um todo. O crime organizado, por exemplo, é muito mais complexo do que qualquer fenômeno aparentado que se tenha conhecido em outros tempos. O tráfico de drogas, o contrabando de armas e os mecanismos de lavagem de dinheiro compõem uma economia paralela que ultrapassa de longe, em complexidade e em sofisticação, os velhos e eficientes sistemas utilizados pela Máfia e organizações semelhantes.

Outro fato advindo da modernidade é o terrorismo internacional, para o qual deve-se encaminhar uma leitura de expressiva relevância. Seu alcance, suas novas estratégias e sua organização levaram os governos de forma indeclinável à adoção de novas respostas, haja vista que os velhos sistemas de segurança nacional se comprovam ineficientes diante desse novo adversário. Invadem-se outros Estados, em forma de retaliação ou de prevenção, quando o inimigo opera em rede, dispõe de ativos distributivos pelo mundo e se articula como organização não governamental.

Pode-se afirmar que o terrorismo e o crime organizado em redes internacionais são duas novas dimensões da ilegalidade, que afetam a segurança dos Estados por vários

processos que ultrapassam seus meios de controle. Contudo, os ordenamentos jurídicos globais também se multiplicam em desafios às novas formas tradicionais de organização política.

Held (2003) afirma que, no nível internacional, ocorrem disjunções entre a idéia de Estado inicialmente como capaz de determinar o próprio futuro e a economia mundial, as organizações internacionais, as instituições globais e regionais, o ordenamento jurídico internacional e as alianças militares que operam para restringir as opções dos Estados-nações individuais.

O mesmo autor apresenta disjunções características do mundo atual. A primeira advém das condições de operação da economia, que limita a eficácia dos meios tradicionais da política econômica e, por extensão, da autoridade formal do Estado. Isso não significa dizer que as políticas fiscal e monetária tenham perdido utilidade, tampouco que as políticas de desenvolvimento tenham perdido sentido. Na realidade, o que verdadeiramente ocorre é a integração cada vez mais estreita dos vários mercados, que sujeita as economias às conseqüências das decisões tomadas fora do território nacional. Nesse cenário, podem-se acrescentar direitos associados à regulação de mercados que tendem a perder eficácia, uma vez que se alteram as condições de proteção dos detentores formais dos direitos trabalhistas, por exemplo.

O segundo segmento de disjunção apontado por Held assenta-se entre a teoria do soberano e o sistema global contemporâneo: um impossível mensurável conjunto de regimes e organizações internacionais estabelecidos para administrar áreas inteiras de atividade transacional e problemas coletivos de política. A influência desses regimes e organizações é variável e a obediência a suas normas e diretrizes não constitui, necessariamente, uma perda de soberania. Em muitos casos, a intervenção dessas instituições ocorre por solicitação do governo interessado. Todavia, à vista desse contexto, há uma grande tensão entre a idéia de Estado soberano e a natureza das decisões em nível internacional. Essa tensão ganha expressiva relevância no caso de associações, a exemplo da Comunidade Européia, com mandato para legislar para todos os países membros. Cabe ressaltar que os poderes da Comunidade originaram-se de uma entrega voluntária de aspectos de soberania pelos países que a compõem, decisão que garantiu a sobrevivência da

nação – estado européia, diante da dominação dos Estados Unidos no pós-guerra do expoente econômico em que se colocou o Japão.

Na terceira disjunção, pode-se dizer que opõe as normas internacionais, ainda que não sustentadas por instituições com poder de coerção, às condições tradicionais de autonomia legal dos Estados. A idéia de que nenhum Estado está sujeito a jurisdição externa vem sendo substituída por tratados ou acordos internacionais e até mesmo contestado por tribunais internacionais; logo, é de concluir a existência do hiato que hoje se apresenta em face da soberania dos Estados.

A quarta disjunção apresenta-se no contraste entre a idéia obsoleta do Estado como unidade militar e estratégica independente e a existência de grandes potências e de blocos de poder, a exemplo da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), que qualifica de maneira diferente cada Estado em razão dos compromissos assumidos com a organização e das características transgovernamentais envolvidas na operação e em suas decisões.

Observe-se que o cenário descrito por Held (2003) ainda se finca na idéia de Estados soberanos, porém dotados de menor autonomia. Registra os fatos e propõe a construção de uma nova ordem democrática devidamente adequada a essas novas condições e demandas.

Deve-se concluir, contudo, que a soberania não é resultado somente de mudanças tecnológicas, econômicas, estratégicas e organizacionais que afetam a hodierna sociedade internacional. Essas mudanças, entretanto, vêm sendo acompanhadas de uma reavaliação da soberania como valor, o qual foi aceito de forma incondicional, porém raramente contestada do ponto de vista de sua eficácia.

Nos dias atuais, a contestação da soberania centra-se na questão dos direitos humanos, da proteção do ambiente, da ajuda humanitária e até mesmo da constituição da soberania de Estados fracos. O enfoque dado aos Estados fracos advém do ataque ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos; as aparentes fraquezas são concretamente ameaçadoras para os Estados fortes, pois acabam transformando-se em abrigos para o extremismo e a alimentação do terror.

No que tange à transnacionalização dos mercados, pode-se deparar com um processo com múltiplas faces e paradoxal que caminha em ciclos, na mudança dos

paradigmas tecnológicos e da criação de estruturas políticas internacionais capazes de disciplinar os fluxos de comércio de capitais.

Quanto maior se apresenta a expansão das inovações técnico-científicas, de aumento da diversidade dos bens e serviços e do potencial de exploração da natureza, maior é a possibilidade da obtenção de resultados não pretendidos e não previstos e maiores as incertezas, as dúvidas, as perplexidades e os perigos em relação a seus efeitos e à gestão de seus desdobramentos, especialmente no que se pode pensar em matéria de bem-estar social e segurança econômica. Quanto maior o avanço da engenharia econômica, maior a possibilidade de degradação econômica, bem como dos demais segmentos da humanidade como um todo, comprometendo sobretudo o futuro das gerações futuras.

Tais acontecimentos são ocasionados por forças transnacionais impossíveis de identificação, portanto igualmente difíceis de serem penalizadas pelas técnicas convencionais de prevenção e segurança; esses riscos ultrapassam fronteiras, classes sociais e gerações. Dessa forma, indiscutivelmente ocorre a colisão frontal com o próprio conceito de cidadania limitado à nação, dito de melhor forma, a todas as pessoas que residem num dado território. Por extensão, também põe em xeque as normas jurídicas e os mecanismos judiciais de imputação, culpabilidade e punição forjados pelo direito positivo nos últimos 150 anos. Os danos morais e materiais causados pelas contingências são danos potencialmente não indenizáveis, colocando assim as instituições jurídicas e judiciais do Estado-nação contemporâneo, com jurisdição transcrita de forma territorial, frente ao desafio de criar alternativas institucionais e oferecer respostas nacionais para questões de ordem global, de modo a enfrentar esses problemas com o mínimo de efetividade.

Outra consequência é a flagrante redução da margem de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais e o esvaziamento das políticas monetárias independentes, em razão da dolarização crescente da economia mundial. Na medida em que o comércio mundial ultrapassa a produção industrial global, na qual os mercados de insumos, bens manufaturados e serviços se integram à escala global e a competição nesses termos ganha espaços mais acirrados, na qual a oferta do crédito alcança patamares internacionais, os capitais se tornam mais voláteis e a possibilidade de riscos sistêmicos – que afetam o sistema financeiro – cresce e, por extensão, as incertezas no que se refere à liquidez dissolvem a confiança sustentável dos passivos financeiros globais. As instituições

financeiras passam a utilizar meios de pagamento de modo a facilitar transações, reduzir custos, controlar as finanças internas etc.

É importante perceber a indiscutível tendência dos agentes financeiros dos mercados globais a dolarizar suas atividades, encaminhando-se para uma harmonia internacional das diferentes formas de ativos e auferição de rentabilidade.

É sabido que a moeda apresenta-se como um dos mais emblemáticos e tradicionais símbolos políticos e econômicos de soberania e nacionalidade e, no contexto em comento, acaba por ser privatizada.

Uma terceira e grave consequência reside no aumento, em progressão geométrica, do alcance da velocidade do processo de diferenciação socioeconômica, ocasionando a formação de esferas e níveis de ação diversificados, especializados e interdependentes. Na sociedade informacional subjacente à economia transnacionalizada, em maior escala os sistemas administrativo, técnico, científico, produtivo, comercial e financeiro se fragmentam em novas especializações. Ao atuar em áreas específicas – subsistemas –, cada um define suas próprias regras e procedimentos normativos, neutralizando, assim, interferências de outros subsistemas.

Essa autonomia funcional dos diferentes subsistemas amplia notoriamente a complexidade do sistema jurídico, sobretudo o trabalho de produção normativa por parte do legislador, no sentido de encontrar uma medida neutralizadora, por meio de regras gerais e abstratas, com especial relevância aos mecanismos processuais rígidos e hierarquizados, às pressões, às tensões e aos conflitos decorrentes dos vínculos pluridimensionais entre os diferentes níveis sociais. Ressalte-se que a legislação existente se efetiva de modo condicionado à aceitação de suas prescrições, justamente pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar. Pode-se entender com isso que a autonomia funcional é, por definição, auto-regulação, comprometendo a aplicação do direito positivo.

Relevo se deve também à dinâmica da reorganização industrial, da reordenação dos espaços econômicos e dos novos padrões técnicos, gerenciais e organizacionais do capitalismo globalizado, bem como à fragmentação que se comprova nos meios de produção. Esse fato é particularmente importante porque, no âmbito da nova divisão internacional do trabalho, em que os sistemas flexíveis de automação e gestão maximizam a

capacidade de articulação entre inovação científica, criatividade decisória, fluxo do processo industrial, comercialização, finanças, publicidade e desenvolvimento, o acirramento da competição levou empresas e conglomerados a procurarem extrair todos os efeitos possíveis da localização de suas unidades fabris, no sentido do custo da mão-de-obra, preços de matérias-primas, incentivos fiscais, subvenções estatais, neutralizações e pressões trabalhistas, inexistência ou inefetividade de leis ambientais. Isso acaba resultando num policentrismo decisório que hoje caracteriza a economia globalizada, com hierarquias flexíveis, entidades nacionais e supranacionais híbridas e estruturadas de comando diferenciadas e diversificadas, e o crescente predomínio da lógica financeira sobre a economia real; o estado-nação vem sendo substituído pelo mercado como instância de coordenação da vida social.

Em conseqüência, a transnacionalização dos mercados, os conflitos de interesses e os poderes constituídos pelos agentes econômicos levam os governos a perderem a capacidade de esgotar os recursos tributários da economia interna, de pensar estrategicamente o futuro, de estabelecer objetivos em longo prazo, de garantir condições físicas mínimas indispensáveis a qualquer projeto de crescimento, de promover a idéia de justiça pela ação fiscal e de assegurar bases fundamentais de sua legitimação, no plano político das instituições democráticas com forte tendência ao esvaziamento.

Do ponto de vista social, a distância a que o Estado tem condições de realizar seus feitos de maneira a atender a sociedade ganha feições assustadoras no plano institucional. A questão da soberania nos moldes traçados pelo Tratado de Westfália, no século XVII, como supremacia, incondicionalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, centralidade e unidade do Estado, são progressivamente enfraquecidos. Conseqüentemente, no plano jurídico, o direito positivo e as instituições judiciais passam a enfrentar enormes limitações estruturais.

A maior e mais significativa de todas as limitações apresentadas assenta-se na redução de uma parte expressiva de sua jurisdição. As normas e cortes encarregadas de aplicá-las foram concebidas para atuar dentro dos limites territoriais; todavia, seu alcance e sua eficácia encontram-se nitidamente diminuídos na proporção em que as interações globais se aprofundam e se intensificam, mormente pelo intercruzamento de novos centros de poder, assumindo o risco de rompimento do vínculo entre cidadania e nacionalidade, e em que novas identidades locais e regionais, projetos específicos de natureza política e

social e novas formas de vida e de convivência, forjadas em torno de uma proeminência dos direitos às raízes, vão emergindo.

A celeridade desse processo vem acarretando ao direito positivo e aos tribunais uma nítida dificuldade de superar os déficits de funcionalidade e rendimento, sendo, por esse motivo, atravessados em seu papel garantidor de controle da legalidade por justiças paralelas e normatividades justapostas.

As questões emergentes nos espaços infra-estatais, advindas das necessidades reais de diversos setores sociais, cujos interesses substantivos e expectativas normativas já não são mais recepcionados nas instituições jurídico-judiciais oficiais, são postas em prática, haja vista, pela adesão a um amplo conjunto de diretrizes comportamentais sem qualquer interferência estatal.

A justiça e as normas são forjadas fora do ambiente supra-estatal e/ou supranacional, produto de processos de convergência legislativa, harmonização normativa, padronização técnico-organizacional e unificação burocrática próprias do fenômeno da globalização econômica, à formação dos grandes blocos comerciais, às experiências de integração regional, à proliferação de instituições intergovernamentais e à multiplicação de organismos transnacionais não emanados diretamente da autoridade dos Estados.

Pode-se, com isso, perceber o crescimento dos mais variados procedimentos negociais, mecanismos informais e órgãos paraestatal de resolução de conflitos, sob a forma de técnicas de mediação, conciliação, arbitragem, autocomposição de interesses e auto-resolução de divergências e até mesmo da imposição da lei do mais forte nas regiões periféricas sob inteiro controle do crime organizado e do narcotráfico – direito marginal, contradireito.

É importante perceber que o protagonismo das relações internacionais, como se apresenta, não é mais exclusividade dos Estados nem mesmo das instituições intergovernamentais, razão pela qual outras normas se expandem com celeridade. Uma delas é o corpo de práticas, costumes, regras, códigos de conduta, cláusulas contratuais, termos padronizados e princípios mercantis forjados por empresas de diferentes portes nas redes transnacionais, com o objetivo de conduzir e disciplinar suas transações criando critérios, métodos e procedimentos para a resolução de conflitos no comércio internacional.

Outra normatividade que merece relevância é composta pelo conjunto das técnicas desenvolvidas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, transporte e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado.

Na mesma senda, outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais refere-se à discrepância entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadas, editadas com base no princípio da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizado sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e posto como isento de lacunas, são por demais simplistas para atender a pluralidade social da atualidade global.

O formalismo excessivo dirige-se no sentido de impedir a visão da complexidade socioeconômica, bem como a percepção da celeridade com que caminham os conflitos, sobretudo em contextos delineados por alterações também céleres, chegando até mesmo à radicalidade.

Os princípios gerais, as regras e os procedimentos adotados já não conseguem regular, disciplinar nem controlar, acarretando distorções significativas em todos os segmentos sociais.

Ressalte-se também que muitas das prescrições assentadas em sanções de caráter punitivo-repressivo, aplicadas por tribunais submetidos a ritos processuais excessivamente detalhistas e bastante morosos, são incompatíveis com as exigências de celeridade, flexibilidade e adaptabilidade dos novos paradigmas de produção e dos novos padrões de funcionamento dos segmentos sociais globalizados.

Nesse sentido, o Estado não pode deixar os conflitos ocorrentes desprovidos de controle, sob pena de colocar em risco a estabilidade e a coesão social, o que o leva a recorrer cada vez mais a conceitos jurídicos indeterminados, a normas de caráter programático com textura e tipologia abertas, o que descaracteriza os tradicionais papéis exercidos pelos princípios do direito para a resolução dos casos difíceis. Deve-se também apontar para a edição sucessiva de normas *ad hoc* para casos que guardam em seu bojo a mais absoluta peculiaridade, fornecendo respostas pragmáticas a questões pontuais e imediatas. Quanto mais a produção normativa caminha nesse segmento, mais aumenta o número de textos legais com alcance bastante circunscrito do ponto de vista territorial e

espacial, o que acaba por gerar pressões disfuncionais sobre os tribunais, ocasionando uma expansão por demais confusa e contraditória do direito positivo.

Conclusão

Como se pode concluir, o estilhaçamento dos espaços políticos e sociais anteriormente unidos pelos mecanismos coercitivos das instituições estatais, na dinâmica do processo de globalização excludente, parcial, redundou na redução do tamanho do alcance do direito positivo; a paralela expansão do Direito Internacional decorreu na emergência do Direito da Integração Regional ou comunitário.

O Direito da Produção fez ressurgir a *Lex Mercatoria*, a proliferação de normas técnicas produzidas por organismos multilaterais e o direito marginal, melhor dizendo, a norma autoproduzida em guetos, vigentes hoje na cidade do Rio de Janeiro e nas favelas da cidade de São Paulo, nos cinturões da Cidade do México, Bogotá, Lima, Caracas, Buenos Aires e [Johanesburgo](#); a ordem jurídica contemporânea encontra-se nitidamente fragmentada nos mais diversos sistemas normativos independentes e simultaneamente colidentes entre si – justiça paralela.

Diante de todas essas afirmativas, pode-se indagar se é factível continuar agindo e pensando com base no paradigma formalista e normativista até hoje prevalecente nos meios jurídicos tradicionais, nos centros de operação do direito e nas instituições em que ocorre o ensino do direito.

As crescentes dificuldades enfrentadas pelos cursos jurídicos para compreender e enfrentar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural, o vazio intelectual como resposta às realidades emergentes e aos problemas delas resultantes, a incapacidade de pensar o impensado, as mudanças ocorridas tanto no arcabouço quanto no conteúdo dos sistemas legais e a crise generalizada dos direitos conduzem a uma resposta negativa. Indaga-se, contudo, quais seriam as alternativas possíveis para esses paradigmas. Como revitalizar o ensino jurídico que, organizado em bases frágeis e incapazes de atender as contingências da realidade, leva confrontos doutrinários a se converterem em verdadeiros campos de batalha profissional – e, por extensão, a academia?

Com base no fenômeno da transnacionalização dos mercados e das configurações histórico-sociais e jurídico-institucionais por ele produzidas, como a perda progressiva da autonomia do Estado na fixação de suas decisões e a notória impotência dos governos para impor limites ao jogo econômico e formular políticas fincadas no atendimento do interesse geral, alguns doutrinadores apresentam suas teses de uma educação jurídica despolitizada, ou seja, de um ensino jurídico estruturado na acriticidade a serviço da lógica mercantil e da racionalidade gerencial subjacente aos imperativos da economia globalizada. Nesse sentido, o direito tem sido visto como um conhecimento de natureza técnico-instrumental, estruturado na ética da eficiência, o que encarrega o jurista e os doutrinadores do fornecimento do instrumento teórico e do suporte prático necessários tanto na operação quanto na sua justificação do direito.

Por outro lado, o direito tem sido concebido como instrumento de emancipação e promoção de inclusão social, de garantia da autonomia do mundo da vida com relação ao mundo da moeda, de recusa de pensamento único e do globalismo economicista de fortalecimento de uma esfera pública pluralista, de constituição de modos de vida livremente compartilhados, de reafirmação dos valores da liberdade, igualdade, da solidariedade e da justiça social.

Diante do cenário de transformações arquitetônicas na seara jurídica, bem como de suas instituições judiciais, quais são as possibilidades que cada um desses pré-paradigmas efetivamente tem de tomar o espaço até hoje ocupado de modo hegemônico pelo formalismo e pelo normativismo nos cursos jurídicos?

Referências

ANDRADE, Fernando Dias. **Pax spinozana**: direito natural e direito justo em Espinosa. Tese de Doutorado (Filosofia). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

BRAGA, Luis Carlos Montans. **Democracia necessária**: ontologia, direito e liberdade em Espinosa. Dissertação de Mestrado (Filosofia). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COSTA, Jurandir Freire. **A ética e o espelho da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; KUNTZ, Rolf Nelson. **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: Max Limonad, 2002.

HELD, David. Democracy, the Nation – State and the Global System. *In*: KUNTS, Rolf. República, direitos e ordem global. **Lua Nova – Revista de Cultura Política**, n. 60, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Trad. João Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.